DER AUSGEZEICHNETE

DIEBSTAHL

NACH § 243 Nr. 2, 3 u. 7 IM GELTENDEN RECHT UND IN DEN ENTWÜRFEN

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST VON

DR. JUR. ERNST WEIL
REFERENDAR AUS NÜRNBERG

AUGSBURG
BUCHDRUCKEREI HEINRICH HEBER
1930

30:289

DER AUSGEZEICHNETE

DIEBSTAHL

NACH § 243 NR. 2, 3 U. 7 IM GELTENDEN RECHT UND IN DEN ENTWÜRFEN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

EINER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT DER

FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT

ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

ERNST WEIL

REFERENDAR AUS NÜRNBERG

APPROBIERT AM 15. MÄRZ 1930

REFERENT:

UNIVERSITÄTSPROFESSOR DR. KÖHLER

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 1

I. Teil. **Das geltende Recht**

1. Kapitel. Historischer Ueberblick 3
2. Kapitel. Der Diebstahl nach § 243 Nr. 2 10
   a) Die geschützten Räumlichkeiten
      1. Der umschlossene Raum 11
      2. Das Gebäude 20
      3. Das Behältnis 24
   b) Die Mittel
      1. Einbruch und Erbrechen 27
      2. Einsteigen 32
   c) Die Beziehungen zwischen den einzelnen Begriffen, gegeben durch die Präposition:
      1. „mittels“ 37
      2. „aus“ 42
3. Kapitel. Der Diebstahl nach § 243 Nr. 3 45
   a) Die Angriffsmittel
      1. Der falsche Schlüssel 45
      2. Das Werkzeug 50
   b) Die Angriffstätigkeit und die Angriffsobjekte 54
4. Kapitel. Der Diebstahl nach § 243 Nr. 7 58
   a) Die besonders befriedete Zeit und die geschützten Oertlichkeiten 59
   b) Die Angriffsmittel 63

II. Teil. **Die Entwürfe**

1. Kapitel. Der Vorentwurf 68
2. Kapitel. Der Gegenentwurf und der Entwurf der Strafrechtskommission 73
3. Kapitel. Der Entwurf von 1919 75
4. Kapitel. Der Entwurf Radbruch und die Entwürfe 1925 u. 1927 79

Literaturverzeichnis 83

Einleitung.

Unter den dem Reichsstrafgesetzbuch bekannten Delikten gegen das Vermögen steht nach der Häufigkeit der Begehung der Diebstahl an erster Stelle. Der Reichstagsvorlage eines Entwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch vom 14. Mai 1927[1]) sowie den statistischen Jahrbüchern für das Deutsche Reich 1928[2]) und 1929[3]) seien hier einige Zahlen entnommen.

In der Vorkriegszeit entfällt auf die wegen Diebstahls abgeurteilten Fälle 1/4 bis zu 1/5 der gesamten Kriminalität. 1925 wurden wegen Diebstahls insgesamt abgeurteilt rund 112500, 1926 95000 und 1927 90000 Personen. Davon entfielen auf Verbrechen wegen schweren Diebstahls 1925 rund 21000, 1926 17000 und 1927 14000 Personen. Der schwere Diebstahl nimmt also einen ziemlich grossen Anteil unter der Anzahl der Verurteilungen wegen Diebstahls ein. Das Reichsstrafgesetzbuch behandelt den schweren Diebstahl im § 243 enumerierend in sieben verschiedenen Tatbeständen, die unter sich keinen gleichartigen Charakter tragen. Die bedeutendsten von ihnen, die in den Nr. 2, 3 und 7 des § 243 aufgeführten, sollen hier behandelt werden.

Sie haben eine gemeinsame Grundtendenz und qualifizieren den ordnungswidrigen durch Gewalt oder List erlangten Zutritt zu einem verwahrten Gegenstand, ein Verhalten, das auf eine besondere und gefährliche verbrecherische Energie des Täters hindeutet.[4]) Die Hoffnung der Verfasser des Entwurfes zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund[5]) mit der dem

[1]) Anlage 2 S. 26.
[2]) S. 573.
[3]) S. 478.
[4]) Merkel HH. S. 673.
[5]) Motive S. 120.

früheren Recht gegenüber vereinfachten Formulierung ein gemeinverständliches Gesetz zu schaffen, da ja die im § 243 enthaltenen Begriffe dem täglichen Leben angehören sollen, hat sich nicht erfüllt. Denn gerade die Interpretation dieses Tatbestands hat eine Unzahl von Kontroversen entstehen lassen und, wie Binding[1]) mit Recht anführt, „nur wenige Bestimmungen des Strafgesetzbuches sind so umstritten wie die des § 243".

Es werden deshalb zunächst die Streitfragen des geltenden Rechts, wie sie Theorie und Praxis entwickeln, behandelt. Daran schliessen sich die verschiedenen Entwürfe an, von denen der letzte wohl in absehbarer Zeit gesetzt werden dürfte.

---

[1]) Lb. I S. 297, vgl. auch Liepmann S. 22, Wach VDA. VI S. 38.

1. Teil.

Das geltende Recht.

1. Kapitel.

Historischer Ueberblick.

Das römische Recht in seiner Frühzeit kennt einen besonderen qualifizierten Diebstahl im eigentlichen Sinn zunächst nicht. Der Diebstahl (furtum) selbst stellt in der Gesetzgebung der 12 Tafeln ein Privatdelikt dar; die Verfolgung des Täters bleibt dem Geschädigten selbst überlassen. Als eine Art ausgezeichneter Diebstahl erscheinen einige Sonderfälle; man unterscheidet nämlich furtum manifestum und nec manifestum.[1])

Das furtum manifestum zerfällt in zwei Erscheinungsformen, das furtum diurnum aut nocturnum.[2]) Der bei Nacht ertappte Dieb konnte ohne weiteres getötet werden, wenn der Bestohlene lautes Geschrei erhob. Wurde der Dieb bei Tag betroffen, so war dies nur gestattet, wenn er sich zur Wehr setzte. Der Täter müsste sich mit einer Waffe verteidigen (qui telo se defendit), wobei der Begriff Waffe ausserordentlich weit gefasst wurde (omne, quod nocendi causa habetur).[3]) Späterhin wird auch beim nächtlichen Diebstahl verlangt, dass sich der Tötende in Notwehr befunden haben muss: furem nocturnum, si quis occiderit, ita demum impune ferit, si parcere ei sine periculo non potuit.[4])

Weiterhin schälten sich noch eine ganze Reihe von Fällen schweren Diebstahls heraus, von denen in der Kaiserzeit einige als crimen extraordinarium ausgezeichnet wurden.[5]) Man liess

[1]) Köstlin S. 196. Mommsen S. 773.
[2]) l 4 § 1 D ad leg. Aquil. 9, 2.
[3]) l 54 § 2 D de furt. 47, 2.
[4]) l 54 § 2 D de furt. 47, 2/1 ad leg. Corn. de sicc. 48, 8.
[5]) Köstlin S. 200.

zunächst dem Verletzten die Wahl, ob er den Weg der Privatklage beschreiten oder eine öffentliche Strafe herbeiführen wollte.[1]) Massgebend war der Gesichtspunkt, dass es häufig unmöglich war, die mit der actio furti erwirkte Privatstrafe einzutreiben, während gleichzeitig der Staat im Interesse der allgemeinen Sicherheit strafend eingriff. Zeitlich fällt diese Entwicklung in das 2. Jahrhundert n. Chr.[2])

Zu den hier interessierenden Qualifikationsarten gehört einmal das Verbrechen der effractores. Darunter versteht das römische Recht:[3]) effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur, vel armarium vel arca. An einer anderenStelle[4]) wird von einem Ritter berichtet „qui effracto perforatoque pariete pecuniam abstulerat." Zwischen innerem und äusserem Einbruch wird hier also nicht unterschieden, wie sich aus den Ausdrücken „paries" und „cella" ergibt. Auch mussten die Gebäude nicht bewohnt sein, wie aus der Anführung von „horreis" zu ersehen ist; unter diesen Tatbestand fiel auch bereits das Erbrechen von Behältnissen.[5]) Es handelt sich also um Einbrechen im Sinne des geltenden Rechts. Die Strafe für humiliores war opus publicum, für honestiores castigatio.[6])

Besonders ausgezeichnet war noch der nächtliche Einbruchsdiebstahl;[7]) er wurde mit metalli poena, lebenslänglicher Arbeit in den Bergwerken, bestraft, verbunden mit deminutio capitis maxima. Später wurden die honestiores nur mehr mit relegatio, die plebs mit opus publicum bestraft.

Dem heutigen Einschleichen nahe kommt das Verbrechen der directiarii; es sind hi, qui in aliena cenacula se dirigant furandi animo.[8]) Die Strafe war hier ebenfalls entweder öffentliche Arbeit, Verbannung oder Geiselung. Wegen des einfachen nächtlichen Diebstahls wurde ebenfalls öffentliche Arbeit ver-

[1]) l 92 D 47, 2.
[2]) Mommsen S. 774.
[3]) l 3 § 2 D 1, 15.
[4]) l 1 § 2 D 47, 98.
[5]) Köstlin S. 211.
[6]) l 1 D 47, 17.
[7]) l 2 D 47, 18.
[8]) l 7 D de extraord. crim. 47, 11.

hängt, jedoch durfte diese Strafe nicht auf Lebenszeit auferlegt werden.[1]) Einen Tatbestand, der dem heutigen § 243 Nr. 3 gleicht, weist das römische Recht nicht auf.

Das kanonische Recht schliesst sich eng an das römische an und enthält abweichend nur einige Sondervorschriften für Kleriker und für Diebstähle an res sacrae. Im wesentlichen wird es im kanonischen Recht auf den verbrecherischen Willen abgestellt. Deshalb wird die Wegnahme an einem besonders geschützten Ort härter bestraft, da der Täter eine umso grössere Energie durch Anwendung von qualifizierten Handlungen entwickeln muss, je besser der gestohlene Gegenstand verwahrt ist.[2])

Das Recht der italienischen Statuten hatte zunächst gegen Diebstahl sehr milde Strafbestimmungen. Erst später wurden diese erheblich verschärft, wobei die Strafe nach der Höhe des Gestohlenen abgestuft wurde.[3]) Im Falle der Zahlungsunfähigkeit tritt Geiselung, Pranger, bei höheren Geldstrafen sogar Verstümmelung ein. In einzelnen Stadtrechten findet sich ein dem Einbruchsdiebstahl ähnlicher qualifizierter Tatbestand, in anderen wird wieder das Erbrechen von Riegeln und Schlösser als besonders strafwürdig strenger geahndet.

In den deutschen Volksrechten wurde der Diebstahl mit strenger Strafe bedroht. Der Grund dafür war vor allem die Heimlichkeit, die dem Diebstahl begriffsnotwendig anhaftet. Offenes Wegnehmen bei Tag galt in einigen Rechten nicht als Diebstahl, nur durch heimliche Entwendung konnte ein solcher begangen werden; bei nächtlichem Diebstahl lag dieses Merkmal immer vor.[4]) Die Strafen für den Diebstahl waren daher teilweise höher als für die mit offener Gewalt begangenen Verbrechen. Ein einheitlicher Auszeichnungsgrund findet sich nicht; es wird vor allem die Unterscheidung in grosse und kleine Diebstähle gemacht je nach dem Werte des gestohlenen Gegenstandes.[5]) Parallel damit entwickelt sich ein weiterer Auszeichnungsgrund: Je grösser die Hartnäckigkeit ist, die der Dieb auf-

[1]) Brückner S. 7.
[2]) Katz S. 169.
[3]) Kohler, Studien IV S. 436.
[4]) Osenbrüggen S. 300.
[5]) Wilda S. 870 ff.

wenden muss, um zu seinem Ziele zu gelangen, desto härter muss auch die zu verhängende Strafe sein. Einen besonders geflissentlichen Vorsatz hat eben der Dieb, der sich durch Vorsichtsmassregeln nicht abhalten lässt, seinen bösen Entschluss durchzuführen. Der Auszeichnungsgrund war also nicht der besondere Friede des Verwahrungsortes, sondern die Gefährlichkeit des Täters.[1])

Von den verschiedenen Auszeichnungsgründen interessiert einmal der nächtliche Diebstahl. Hier beweist der Täter seine Hinterlist dadurch, dass er stiehlt zu einer Zeit, in der der Eigentümer in geringerem Masse fähig ist, sein Eigentum zu schützen.[1]) Nach der Art der Begehung kommt vor allem in Betracht Diebstahl mittels Einbruch in Gebäude oder sonstige Umfriedungen. Von der engeren und weiteren Gewere, die das deutsche Recht unterscheidet, kommt für den Einbruch sinngemäss nur die erstere in Frage, da ja dieses Delikt nur an wirklich brechbaren Gegenständen begangen werden kann. Auch der Nachschlüsseldiebstahl war dem altdeutschen Recht bereits bekannt.[2]) Die Räumlichkeiten, bei denen eine Qualifikation möglich war, waren verschieden; auf Gebäude waren sie nicht beschränkt, es konnte unter Umständen auch Diebstahl auf einem Ackerfeld ein schweres Delikt begründen. Die Strafen waren Geldbussen, bei höherem Werte des gestohlenen Gegenstandes auch Todesstrafe,[3]) wie schon der Sachsenspiegel an zwei Stellen[4]) für nächtlichen Diebstahl Tod durch den Strang erwähnt.

Die mittelalterlichen Stadtrechte haben den Diebstahlsbegriff der Volksrechte nicht geändert. Die Unterscheidung in grossen und kleinen Diebstahl bleibt aufrecht erhalten; zu einer einheitlichen Qualifikation kam es nur ganz vereinzelt.

Erst der Carolina blieb es vorbehalten, wieder ein strafrechtliches System aufzustellen und einen geschlossenen Begriff des schweren Diebstahls zu bringen. Die CCC vom Jahre 1532 behält zwar noch den grossen und kleinen Diebstahl bei, führt

---

[1]) Wilda S. 870 ff.
[2]) Osenbrüggen § 127, lex Sal. emend. 12 § 5, 5 § 4.
[3]) Osenbrüggen § 126.
[4]) II 28 § 3, II 39 § 1.

aber im Artikel 159 den neuen Begriff des „geverlichen Diebstales“ ein. Der Artikel 159 lautet:[1])

„Vom erstenn geferlichen Diebstallenn durch einsteigen oder brechen. Ist noch schwerer.

Item so aber ein Diep jnn vorgemelltem stelen jemands bey tag oder nacht inn sein behusung oder behalltung pricht oder steigt oder mit waffenn, damit er jemandt, der jme widerstanndt thun wollte, verletzen möcht, zum stelen eingeet, sollichs sey der erst oder mer diepstall auch der diepstall gross oder klein, darob oder darnach beruchtigt oder bedrettenn: so ist doch der dieb-stall darzu, als obsteet, gesprochen oder gestiegen wird, ein geflissener, geferlycher Diepstall. So ist jnn dem Diepstall, der mit waffenn geschicht, einer Vergewalltigung und verletzung zu besorgenn: Darumb jnn diessem sal der Man mit dem Strang unnd das Weib mit dem wasser, oder sunst nach gelegenheit der personen und ermessung des Richters jnn andere wege: mit ussstechung der Augen oder abhawung einer hanndt oder einer andern dergleichen schweren leipstraff gestrafft werden solle.“

Die Fassung des Tatbestandes ähnelt hier schon sehr der der modernen Strafrechtssysteme. Die Carolina unterscheidet drei verschiedene Diebstahlsarten, durch die der Täter sein „geflissentlich geferliches“ Verhalten zeigt: Einbruch, Einsteigen und Diebstahl mit Waffen. An Oertlichkeiten, in denen ein qualifizierter Diebstahl begangen werden kann, führt die Carolina Behausungen und Behalltungen auf. Unter Behausung ist ein Gebäude zu verstehen; der Begriff Behalltung war bestritten, teils wurde darunter ein Behältnis verstanden (Carpzov), teils ein Gebäude (Feuerbach).[2]) Carpzov interpretierte in seinen Practica nova qu. 77 sequ. den Artikel dahin, dass nur der Dieb, der bewaffnet war, einen solchen gefährlichen Diebstahl begehen könne.[3]) Ausgehend von dem Wort „geferlich“ verlangt er einen Diebstahl cum violentia vel coadunatis hominibus et armata manu. Weiterhin gehört also dazu Anwendung von nicht unerheblicher Gewalt, vis ingens ac maxima. Es konnte also auch

[1]) Kohler-Scheel S. 75.
[2]) Brückner S. 42.
[3]) Brückner S. 34. Schwarze S. 16.

das Erbrechen von Behältnissen schwerer Diebstahl sein; jedoch mussten diese dann fortiter ac bene munita sein und in entsprechender Weise erbrochen werden. Nur der Diebstahl, der Menschen gefährdet, ist qualifiziert. Einen ausgezeichneten Diebstahl mittels Nachschlüssels kennt die Carolina und auch Carpzov nicht. Die Carolina blieb richtunggebend für das gemeine Strafrecht bis zur Zeit der Kodifikationen im 18. und 19. Jahrhundert.

Der Codex iuris criminalis Bavarici von 1751 kennt in seinem § 5 vier Arten des gefährlichen Diebstahls, darunter auch Einsteigen und Einbrechen. Der Diebstahl mittels Nachschlüssel oder ähnlicher Werkzeuge wird dem gewöhnlichen Delikt gleichgestellt. Das Allg. Pr. L.R. führt in Teil II Titel 20 § 1163 Diebstahl durch gefährliches Einsteigen und Einbrechen als qualifizierte Handlung auf; der Nachschlüsseldiebstahl wurde dem gewaltsamen Diebstahl gleichgestellt (§§ 1165, 1166). Im § 1164 wird das gefährliche Einsteigen näher definiert: Es muss durch Leitern und andere Hilfsmittel oder durch sonstige verwegene Handlungen vorgenommen werden. Geschützt waren alle genügend unzugänglich gemachten Räumlichkeiten, ausgeschieden wurden unbewohnte Gebäude, freistehende Behältnisse, Gärten etc.

Das bayer. Strafgesetzbuch von 1813 bedrohte in Art. 221 wegen besonderer Geflissentlichkeit und Gefährlichkeit Einsteigen in ein Haus oder Gebäude auf Leitern oder Eindringen durch andere als die gewohnten Eingänge; ferner gewaltsames Erbrechen oder Sprengen oder auch Eröffnen mit irgendwelchen Instrumenten bei Gebäuden zum Zwecke des Diebstahls. Nicht nur Dietriche und Sperrhaken, auch rechte Schlüssel, die sich der Täter mit List verschafft hatte, waren geeignet dazu. Der nächtliche Diebstahl war qualifiziert, wenn sich der Dieb vorher in diebischer Absicht eingeschlichen hatte. Diese Bestimmungen wurden jedoch schon durch eine Novelle vom 25. März 1816 geändert. In Artikel 6 wird Einsteigen in ein Haus oder den dazu gehörigen Hofraum, ferner durch eigens herbeigeschaffte Hilfsmittel oder Vorrichtungen erwähnt. Weiterhin Einbruch in die gleichen Räumlichkeiten, Erbrechen von Türen und Behältnissen oder Eröffnung der Schlösser mittels Nachschlüssels oder auf unrechte Art und Weise erlangte echte Schlüssel. Einsam

stehende unbewohnte Gebäude sowie im Freien befindliche Behältnisse waren untaugliche Objekte für einen schweren Diebstahl. Auch der nächtliche Diebstahl war nach der Novelle besonders qualifiziert, wenn der Dieb sich in diebischer Absicht in eine fremde Wohnung eingeschlichen und dortselbst zur Nachtzeit die Wegnahme verübt hatte. Ein Reskript vom 16. Mai 1816 führt dazu aus, dass zwischen Einschleichen und Wegnahmehandlung eine Zwischenzeit liegen muss; folgt die Diebstahlshandlung dem Einschleichen in einem Zug nach, so liegt nur ein einfacher Diebstahl vor.

Das Pr.St.G.B. von 1851 sah nach § 218 Nr. 2 als schweren Diebstahl an, wenn in einem Gebäude oder umschlossenen Raum vermittelst Einbruch oder Einsteigen gestohlen wurde oder auch nach § 224, wenn falsche Schlüssel, nachgemachte, veränderte oder solche Schlüssel, welche für das Schloss, bei welchem der Täter sie anwendet, nicht bestimmt wurden, sowie wenn Dietriche, Haken und andere zum Oeffnen von Schlössern brauchbare Werkzeuge angewendet wurden. Unnötig war, dass das Gebäude bewohnt wurde. Für verschiedene Begriffe gab dieses Gesetz eine Legaldefinition, so in § 221 für den umschlossenen Raum, in § 222 für das Einsteigen, in § 223 für den Einbruch; es wird zwischen äusserem und innerem Einbruch unterschieden. Qualifiziert war ferner noch Diebstahl bei Nacht in einem bewohnten Gebäude, ohne dass weitere Voraussetzungen dazu erfordert wurden.

Aehnliche Bestimmungen mit grösseren oder geringeren Abweichungen weisen sämtliche deutsche partikularen Gesetzbücher auf. Erwähnt sei nur noch das württembergische Gesetz von 1839. Dieses unterscheidet mehrere Abstufungen. Zur ersten Stufe gehören nach Art. 323 Einbruchshandlungen und Einsteigen ohne Eindringen in das Innere von bewohnten Gebäuden und das Eindringen auf die oben bezeichnete Art in unbewohnte Gebäude, sowie nächtlicher Diebstahl, nachdem vorher eingeschlichen wurde, und Nachschlüsseldiebstahl in allen seinen Arten. Die zweite Stufe umfasst nach Art. 324 Einbruch und Einsteigen mit Eindringen In bewohnte Gebäude.

Das sächsische Gesetz von 1855 bedroht in Art. 278 die Anbringung oder Erweiterung einer Oeffnung oder Beseitigung

eines Verschlusses bei Gebäuden; auch die Eröffnung von Behältnissen fällt darunter. Beim nächtlichen Diebstahl muss sich der Dieb vor Eintritt der Nachtruhe eingeschlichen haben.

Nach dem bayerischen Gesetz von 1861 Art. 274 muss der Einbruch in einem bewohnten Gebäude oder dem zugehörigen umschlossenen Raum geschehen sein; der Wert des Gestohlenen muss mindestens 100 Gulden betragen haben. Qualifiziert ist auch der rechtswidrige Gebrauch von Schlüsseln, nicht dagegen der nächtliche Diebstahl; Einschleichen als Qualifikationsmerkmal ist nur beim Kirchendiebstahl bekannt.

Mit Ausnahme des preussischen Strafgesetzbuches zeigen noch sämtliche partikularen Gesetzbücher Unterscheidungen je nach dem Werte des gestohlenen Gegenstandes. Erst das RSt.-GB., das sich eng an das preussische Gesetz von 1851 anschliesst, hat diese Anklänge an das alte deutsche Recht beseitigt.[1])

2. Kapitel.

Der Diebstahl nach § 243 Nr. 2.

Nach § 243 Nr. 2 wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft, wenn aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum mittels Einbruchs, Einsteigen oder Erbrechen von Behältnissen gestohlen wird.

Zwei Momente stellt also der gesetzliche Tatbestand in den Vordergrund: es muss aus bestimmten Räumlichkeiten gestohlen und es müssen ganz bestimmte Mittel angewandt werden. Die vom Gesetz erwähnten Räumlichkeiten gewähren einen erhöhten Schutz für die in ihnen aufbewahrten Gegenstände. Durch Ueberwindung dieser besonderen Schutzvorkehrungen mit Gewalt beweist der Täter eine besondere Hartnäckigkeit seiner Gesinnung. Diese intensive, verbrecherische Gesinnung will das Gesetz in erster Linie treffen, die Anwendung von gewalttätigen Handlungen, mit denen der Zutritt besonders geschützter Oertlichkeiten erlangt wird, ist symptomatisch für die besondere Geflissentlichkeit des Täters. Schon die Motive führen aus:[2]) „In Ueberein-

[1]) Vergl. Köhler, Reformfragen S. 78.

[2]) Motive S. 164.

stimmung mit der Vorschrift des Art. 159 (C C C) nimmt übrigens der Entwurf an, dass für die erhöhte Strafbarkeit des Diebstahls durch Einbruch oder Einsteigen nicht sowohl die Gefahr für das Eigentum als vielmehr die schwere besondere Geflissentlichkeit und Hartnäckigkeit des Diebes entscheidend sei."

Dieser Gesichtspunkt kann jedoch nicht allein der Grund für die Auszeichnung sein. Das Gesetz hat aus der Unzahl der möglichen Handlungen einige wenige willkürlich herausgegriffen, ohne dass damit alle Möglichkeiten der Betätigung besonderer verbrecherischer Energie fremdem Eigentum gegenüber erfasst wären. Nicht jeder schwere Diebstahl zeigt symptomatisch eine besondere Hartnäckigkeit der Gesinnung und es gibt auch einfache Diebstähle, bei denen sich eine ausserordentliche Frechheit des Täters kundgibt. Es soll vielmehr dadurch ein besonderes Rechtsgut geschützt werden. Der Berechtigte gewährt seinem Eigentum durch sichernde Vorkehrungen einen besonderen Schutz, er will damit diebische Angriffe abwehren. Wer sich besonders gut schützt, muss auch der Rechtsordnung gegenüber einen grösseren Anspruch auf Respektierung dieses Bestrebens haben als derjenige, der nicht alle möglichen Sicherungsmassregeln ergriffen hat. Die besonderen Vorkehrungen schaffen für diese Oertlichkeit eine Sphäre ausgezeichneten Schutzes, gegen die sich der diebische Angriff richtet. Es geniesst ja nicht der betreffende Raum an sich einen erhöhten Besitzschutz, sondern die erhöhte Sicherheit, die ihm der Eigentümer durch diese Vorrichtungen verschafft hat und die nur mit besonderen Schwierigkeiten durchbrochen werden kann, ist der Grund für die Qualifikation. Die besondere verbrecherische Energie, die sich in der Anwendung der Mittel zeigt, in Verbindung mit dem besonderen Schutz der Oertlichkeit sind die Gründe für die erhöhte Strafdrohung nach § 243.[1])

a) Die geschützten Räumlichkeiten:

I. Der umschlossene Raum.

Von den drei besonders geschützten Räumlichkeiten ist der Begriff umschlossener Raum der allgemeinste, von dem die übri-

[1]) Olshausen S. 1150, Frank S. 504, Eckstein a. a. O. S. 86, Höpfner S. 62, Binding S. 297, E. 7/262, 41/66.

gen Räume nur Sonderfälle bilden. Das Reichsstrafgesetzbuch verzichtet auf eine Definition dieses Begriffs, wie sie z. B. § 221 Pr.Str.B. enthielt, da es sich um einen Begriff des täglichen Lebens handelt, für den die allgemeine Lebensanschauung massgebend ist.[1])

Im täglichen Leben wird bei den verschiedenartigsten Raumbildungen grösseren oder geringeren Umfangs von umschlossenem Raum gesprochen, unter den sowohl geschlossene als auch kleinere Behältnisse fallen können. Aus der Gegenüberstellung von Gebäude, Behältnis und umschlossenem Raum im Gesetz ergibt sich jedoch, dass hier ein bestimmter engerer Sinn gemeint ist. Der umschlossene Raum steht im Gegensatz zu dem beweglichen Behältnis und dem allseitig umschlossenen Gebäude, er umfasst also alle Räume, die ohne ein Gebäude zu sein, wie ein solches nach aussen abgeschlossen sind.[2])

Begrifflich notwendig gehört dazu ein Teil der Bodenfläche, der eine besondere Begrenzung hat.[3]) Dabei kommt es wesentlich darauf an, dass ein Teil der Bodenfläche dem Zutritt Unbefugter entzogen wird. Teilweise wird verlangt, dass der umschlossene Raum einen Teil der Erdoberfläche bilden müsse.[4]) Aus dem Gesetz ergibt sich jedoch keine Unterlage für eine solche Einengung dieses Begriffs. Es genügt daher schon, wenn ein Raum mit der Bodenfläche so in Verbindung steht, dass er diese Eigenschaft erfüllt. Eine unmittelbare Berührung mit der Grundfläche ist dabei nicht notwendig, auch braucht der umschlossene Raum den Boden nicht direkt zu bedecken; es genügt sogar eine leicht trennbare Verbindung.[5]) So hat das Reichsgericht[6]) bei einer Marktbude und sogar bei einer auf Rollen beweglichen Baubude das Vorliegen dieser Voraussetzungen bejaht. Wie die Eigentumsverhältnisse innerhalb des umschlossenen Raums gestaltet sind, ist für dessen Eigenschaft gleichgültig; auch ein etwa in Parzellen abgeteilter Raum er-

---

[1]) Motive S. 164.
[2]) E. 1/217, Olshausen S. 1153.
[3]) E. 4/164, 10/104, 14/226, R. 1/252, Frank S. 504, Lpz. K. S. 773.
[4]) Olshausen S. 1151, Oppenhoff S. 586.
[5]) Lpz. K. S. 773, E. 14/228.
[6]) R. 1 252, E. 53/269.

leidet im ganzen keine Verminderung dieser qualifizierenden Eigenschaft.[1])

Aus der Notwendigkeit der Verbundenheit mit dem Erdboden folgt naturgemäss, dass es sich um einen unbeweglichen Raum handeln muss. Auf keinen Fall können Transportmittel wie Wagen aller Art, Schiffe und andere als umschlossene Räume gelten; Schiffe auch dann nicht, wenn sie z. B. im Eise vollständig eingefroren sein sollten; § 243 Nr. 7 führt ja Schiffe besonders unter den zu schützenden Räumlichkeiten auf und stellt sie damit in bewussten Gegensatz zu den unbeweglichen Oertlichkeiten.[2])

Der umschlossene Raum soll für das Eigentum und den Besitz einen besonderen Schutz bilden. Zu diesem Zwecke müssen also bestimmte Vorkehrungen getroffen sein, die nach dem Willen des Berechtigten jedem Unbefugten den Zutritt zu den im Innenraume verwahrten Sachen verwehren. Massgebend ist hier also die Bestimmung durch den Verfügungsberechtigten.[3]) Für eine solche Schutzvorrichtung ist das Vorhandensein einer Umschliessung nötig. Nach herrschender Ansicht braucht diese mit dem Erdboden keineswegs fest verbunden zu sein, es kommt nur darauf an, dass sie dem Eindringen tatsächlich einen Widerstand entgegensetzt.[4]) Es genügt schon das Eigengewicht oder auch die natürliche Bodenfestigkeit dieser Umschliessung. Sie kann sogar, falls die übrigen Voraussetzungen zutreffen, in ihrer Gesamtheit fortbeweglich sein, wie das R.G. bereits für einen Schafpferch entschieden hat.[5])

Nur bei dem Vorliegen einer solchen Zweckbestimmung der Umschliessung ist das Merkmal des umschlossenen Raums vorhanden, mögen sonst auch alle Voraussetzungen vorliegen. So kann ein Fischbehälter in einem Fluss kein umschlossener Raum sein, da aus der Anlage eines solchen Behältnisses noch nicht der Wille hervorgeht, andere am Betreten des abgegrenzten

---

[1]) R. 7/321, Oppenhoff S. 587.

[2]) E. 4/165, 8/365, 32/372, 33/375, 51/418.

[3]) E. 7/263, 10/104, 13/423, 14/228, 50/75.

[4]) E. 10/104, 14/228, 53/269, 54/20, 39/105, R. 1/252, Olshausen S. 1152, Rüdorff-Stenglein S. 454, Allfeld S. 449, Lpz. K. S. 774.

[5]) D.St.Z. 1907/184, a. A. Rüdorff-Stenglein S. 554.

Raumes zu verhindern.[1]) Je nach dem Willen des Besitzers zu unterscheiden zwischen Umschliessungen lediglich grenzsetzenden und solchen schützenden Charakters[2]) erscheint ausserordentlich künstlich. Eine Umschliessung, die den Erfordernissen des umschlossenen Raums entspricht, wird wohl nie ihren Zweck darin erschöpfen, nur als Kennzeichnung des Eigentums im Sinne eines Grenzzeichens zu dienen, um im übrigen jedermann freien Zutritt zu gewähren. Damit soll eben nicht nur die Grenze des Eigentums festgestellt, sondern es sollen auch alle Unberechtigten vom Betreten abgehalten werden. Die von Eckstein zur Stützung seiner These angeführten Entscheidungen[3]) sind insgesamt solche, die den Willen des Eigentümers dahingestellt lassen, da immer eines der objektiven Erfordernisse des umschlossenen Raums ermangelt.

Der Schutzwille des Eigentümers muss sich in irgendwelchen von ihm getroffenen künstlichen Massnahmen dokumentieren. Rein natürliche Umschliessungen sind nicht geeignet, einen umschlossenen Raum zu bilden. Doch ist nicht nötig, dass die Umschliessung in ihrer Gesamtheit aus künstlichen Vorrichtungen besteht, es genügt bereits, wenn dies bei einem Teil derselben der Fall ist; im übrigen können natürliche Schutzwehren mit benützt werden. In diesem Falle braucht die Zweckbestimmung der Umschliessung nicht noch einmal durch Anbringung einer künstlichen Abgrenzung bei den natürlichen Hindernissen, wie es Frank[4]) verlangt, unterstrichen zu werden.[5]) Wann hier ein umschlossener Raum vorliegt, ist jeweils Tatfrage. So hat das R.G.[6]) den Stettiner Freihafenbezirk, der auf der Landseite durch einen hinreichenden Zaun abgeschlossen ist, und zu Wasser nur eine schmale, scharfbewachte Ausfahrt besitzt, als umschlossenen Raum erklärt. Ein Flusslauf kann also sehr wohl teilweise die Begrenzung bilden. Die Tatsache, dass sich jemand

[1]) E. 50/74.
[2]) So Eckstein a. a. O. S. 102.
[3]) E. 8/275, Recht 1911 Nr. 2258, RMG. 10/127.
[4]) S. 505.
[5]) E. 56/97, D.J.Z. 1920/784, G. 60/430, Olshausen S. 1153, Lpz.K. S. 774, Schwartz S. 540.
[6]) E. 56/97.

etwa ein Boot verschaffen oder den Fluss durchschwimmen könnte, kann die qualifizierende Eigenschaft nicht aufheben; es kommt ja nur darauf an, dass vom Täter ein anormaler Zugang gewählt wird. Wird dagegen der betreffende Raum auch normalerweise auf die vom Diebe gewählte Art betreten, so muss die Qualifikation entfallen, da ja der umschlossene Raum damit auf dem ordnungsgemässen Wege betreten worden ist.[1])

Nachdem der umschlossene Raum keineswegs einen Teil der Erdoberfläche, sondern nur einen Teil der Erdfläche überhaupt zu bilden braucht, muss er weder ganz noch auch nur teilweise oberirdisch liegen. Es können also auch Keller, Höhlungen, Bergwerksschächte einen solchen bilden.[2]) Binding[3]) verneint dies für Schächte und Stollen von vornherein. Auch hier kommt es darauf an, ob der Verfügungsberechtigte irgendwie seinen Willen kundgetan hat, einen besonderen Besitzschutz für sich zu schaffen. Handelt es sich um eine rein zufällige Bildung eines solchen Raumes, so geniesst er keinen besonderen Schutz. Um einem Schacht oder Stollen die Eigenschaft eines umschlossenen Raumes zu verleihen, müssen also schon besondere Veranstaltungen getroffen sein, die bestimmt und geeignet sind, den Zutritt Unbefugter durch erhebliche Hindernisse mindestens wirksam zu erschweren.[4])

Da der umschlossene Raum lediglich den Zutritt Unberufener verhindern soll, muss er zunächst einmal seiner Grösse nach den Zutritt mindestens eines Menschen gestatten. Gebäulichkeiten, die ihres geringen Umfangs wegen auch dies unmöglich machen, sind entweder Bestandteile eines Gebäudes oder Behältnisse. Backöfen, Taubenschläge, Hundehütten, Ziehbrunnen etc. können deshalb keine umschlossenen Räume sein.[5])

Es genügt nicht die Bestimmung einer Umschliessung als Schutzmittel allein, sie muss auch tatsächlich dazu geeignet sein

---

[1]) Eckstein a. a. O. S. 91, Harburger S. 254, D.J.Z. 1920/784, G. 47/437.

[2]) E. 3/411, Olshausen 1151, Allfeld S. 448, Gerland S. 453, Frank S. 505, Schwarz S. 540, a. A. Oppenhoff S. 586.

[3]) S. 298.

[4]) G. 68/278.

[5]) R. 4/853, 5/72, E. 7/263, 14/228, Oppenhoff S. 586, Schwartz S. 540, teilweise a. A. Lißt-Schmidt S. 622.

und ein nicht ganz geringfügiges Hindernis bilden. Wenn auch dieses Hindernis nicht derartig zu sein braucht, dass es nur mit besonderer Kraftanstrengung überwunden werden kann, so müssen doch besondere Massnahmen zur Beseitigung der schützenden Vorrichtung notwendig sein. Ein überschreitbares Hindernis genügt nicht für die Qualifikation, der Täter muss schon irgendwie zu einer besonderen Tätigkeit gezwungen sein.[1]) Sehr fraglich ist daher, ob die sogenannten Wildgitter geeignet sind, einen umschlossenen Raum zu bilden. Das Gitter muss eine gewisse Festigkeit und Dichte haben; eine Umschliessung, die nur aus zwei fortlaufenden, an eingerammten Pfählen befestigten Stangen besteht, genügt nicht,[2]) ebenso verhält es sich mit Gittern, die augenscheinlich nur geeignet sind, das Ausbrechen des Wildes zu verhindern, im übrigen aber Jedermann Gelegenheit zum Eintritt bieten.[3]) Wird ein Teil der Umschliessung von einem Flusslauf gebildet, so entfällt mit dem Zufrieren jeder Schutz, da die Ueberschreitung keinerlei Schwierigkeiten mehr bietet; jeder Beliebige kann ja den Raum betreten, ohne dass ihm das geringste Hindernis im Wege steht.[4]) Das gleiche gilt von einem Graben, der an sich breit und tief genug ist, dass er weder durchschritten noch übergangen werden kann.[5])

Die Umfriedigung kann auch von den Umfassungsmauern anderer Gebäude oder Grundstücke gebildet werden, massgeblich ist eben nur, ob die Umschliessung derartig ist, dass Unbefugte vom Betreten ausgeschlossen werden. Auch einen 4½ m hohen Eisenbahndamm hat das RG.[6]) als genügendes Hindernis erachtet, dies dagegen bei einer Umschliessung, die lediglich von der Schienenanlage einer Eisenbahn gebildet wurde, verneint; eine solche Anlage bietet dem Ueberschreitenden in der Regel wohl keinerlei tatsächliches Hindernis, auch wenn das Betreten verboten ist.[7])

[1]) E. 3/411, 8/273, 26.218, R. 4 695, 6.637, Olshausen S. 1152, Lpz.K. S. 774, Frank S. 504.

[2]) D.St.Z. 1909/676.

[3]) R. 5/256, E. 8/275, Lpz.K. S. 774.

[4]) Harburger S. 256, Rüdorff-Stenglein S. 556.

[5]) Oppenhoff S. 587.

[6]) G. 60/430.

[7]) J.W. 1923/1035.

Zur Eignung der Umschliessung gehört es auch, dass sie vollständig ist. Einzelne Lücken heben jedoch die Umschlossenheit nicht auf, soweit sie nicht die Eigenschaft eines Eingangs gewinnen. Sie dürfen auch nicht so breit sein, dass das Ganze nicht mehr als ein umschlossener Raum erscheint; die Seitenwände müssen immer noch als Umschliessung des Ganzen erscheinen.[1]) Es müssen immer der Zusammenhang der Umschliessung und ihre Eignung ein Hindernis dem Eindringen zu bilden gewahrt bleiben.[2])

Umschlossen ist nicht gleichbedeutend mit verschlossen. Der umschlossene Raum braucht zwar nicht abgeschlossen, er muss aber wenigstens verschliessbar sein, da sonst eines seiner wesentlichsten Merkmale fehlt, die Eignung, dem Zutritt Unberufener ein Hinderniss zu bereiten.[3]) Es können also sehr wohl unverschlossene Eingänge vorhanden sein, es muss nur der dem regelmässigen Zugang vorbehaltene Eingang verschlossen werden können.[4]) Gleichgültig ist es, wenn im Moment des Diebstahls eine Türe offensteht, nur zeitweise und sei es lediglich zur Nacht braucht der Verschluss in Tätigkeit gesetzt werden. Wird jedoch ein verschliessbarer Raum regelmässig Tag und Nacht offengehalten, so dass sichtbarlich jedermann freien Zutritt hat, so muss die Qualifikation verneint werden.[5]) Es fehlt hier an einer Kundgabe des Willens, eine Sphäre besonderen Schutzes für das Eigentum zu schaffen.[6]) Oborniker[7]) hält für den Begriff des umschlossenen Raums einen objektiven Maßstab für einschlägig. Das RG.[8]) hat teilweise einen ähnlichen Standpunkt vertreten: massgebend könne nur sein der durch entsprechende Vorrichtungen kundgetane Wille des Besitzers, sein Eigentum gegen das Eindringen Unberechtigter zu schützen. Diese Auffassung wird jedoch der ratio legis nicht gerecht. Den Grund zur Qualifikation dieses Tatbestandes bildet einmal der beson-

[1]) E. 55/154, Lpz.K. S. 774.
[2]) E. 54/20, 56/97, Binding S. 298.
[3]) Schwartz S. 540.
[4]) R. 2/649, E. 7/263, G. 47/437.
[5]) R. 2/649, Hälschner S. 316.
[6]) E. 13/425, 32/141, R. 8/207, Olshausen S. 1152.
[7]) S. 60.
[8]) E. 7/265, 13/425.

ders befriedete Schutz des Eigentums, dann aber auch die besondere Geflissentlichkeit des Täters, die sich in der intensiven verbrecherischen Betätigung beim Durchbrechen der Umschliessung äussert. Wenn der Begriff der Umschliessung in einem mehr vergeistigten Sinn gebraucht wird, dann muss es notwendig darauf ankommen, ob der Raum, zu dem an sich der Zutritt durch nichtqualifizierende Handlungen erlangt werden kann, gerade für diesen Täter ein umschlossener war. Hat dieser keine Kenntnis von der Möglichkeit ordnungsgemässen Zugangs oder wird er an der Benutzung dieser Oeffnung infolge von Bewachung oder leichter Entdeckungsmöglichkeit gehindert, so ist ihm gegenüber die Sphäre besonders befriedeten Besitzes gewahrt; mit der Ueberwindung dieser Schranke begeht er eine qualifizierende Handlung.[1]) Wird dagegen trotz des Wissens um eine offenstehende Türe rein zufällig etwa aus Bequemlichkeit der Weg ins Innere mittels einer sonst qualifizierenden Handlung genommen, so kann man nicht sagen, dass der Dieb eine besonders intensive verbrecherische Tätigkeit entfaltet hat. Es wäre unlogisch, hier etwa dem Täter eine besondere Geflissentlichkeit zu unterlegen, da er trotz der Möglichkeit des einfachen Zutritts diese komplizierte Tätigkeit gewählt hat. Für ihn handelt es sich ja gar nicht darum, mittels einer besonders intensiven Betätigung verbrecherischer Energie einen Diebstahl auszuführen, das Uebersteigen etc. bildet ja hier gar nicht das Mittel zum Diebstahl.[2]) E. 13/423 nimmt in Ueberspannung des Begriffes umschlossener Raum auch in diesem Falle schweren Diebstahl an, die Konsequenz dieser Auffassung ist, dass der den gewöhnlichen Eingang benützende Täter, der in diesem Falle keine geringere verbrecherische Gesinnung an den Tag legt, als der aus Bequemlichkeit etwa einsteigende, milder bestraft würde; es mangelt vielmehr in beiden Fällen ein Qualifikationsmoment.[3]) Eckstein[4]) lässt jede offene Türe oder jeden sonstigen Zugang genügen, um die qualifizierende Eigenschaft eines umschlossenen

[1]) E. 32/141, Olshausen S. 1152, Schwartz S. 540.

[2]) Allfeld S. 449 Anm. 14.

[3]) R. 5/516, E. 32/141, 54/20, 55/153, Binding S. 298, Hälschner S. 316, Allfeld S. 449, Merkel HH. S. 675.

[4]) S. 104.

Raumes aufzuheben, wobei es auf die Kenntnis des Täters überhaupt nicht anzukommen braucht. Den besonderen Schutz hebt er jedoch nur für solche Oeffnungen auf, die die Möglichkeit bieten, ohne jede Behinderung in den Innenraum einzudringen. Für einen bewachten Eingang sowie für einen zu einem diebischen Zugriff ungeeigneten wird dies verneint, womit sich Eckstein der oben angeführten Ansicht nähert.[1]) Dass ein Gebäude kein umschlossener Raum ist, ergibt sich schon aus der Gegenüberstellung im Gesetz. Die Fassung des Tatbestandes gestattet auch nicht etwa Teile eines Gebäudes, insbesondere Zimmer, unter diesem Begriff zu subsumieren. Umschlossener Raum und Gebäude sind in § 243 Nr. 2 einander gleichgestellt als vollkommen selbständige Begriffe. Aus dem verbindenden Wörtchen „oder" geht klar hervor, dass der umschlossene Raum einen Gegensatz zum Gebäude bilden soll, er stellt eine anders geartete Räumlichkeit dar. Das gleiche ergibt sich aus der Gegenüberstellung dieser beiden Oertlichkeiten in § 243 Nr. 7. Es kann deshalb nicht der eine Raumbegriff dem anderen teilweise subsumiert werden.[2]) Ein Neubau, der die Erfordernisse eines Gebäudes nicht erfüllt, kann unter Umständen einen umschlossenen Raum bilden, wenn er die nötigen Zugangshindernisse aufweist; der Wille, Unbefugte vom Betreten auszuschliessen, wird hier wohl meistens vorliegen.

Die zu einem Gebäude gehörigen Hofräume bilden nicht mit diesen einen einheitlichen Begriff im Sinne dieses Tatbestandes; dies ergibt sich aus § 243 Nr. 7, in dem die zugehörigen umschlossenen Räume ausdrücklich den Gebäuden gleichgestellt werden. Der umschlossene Raum kann höchstens Bestandteil eines Grundstücks sein, nicht aber eines Gebäudes.[3])

Auch für den, der ein Recht zum Betreten des umschlossenen Raumes hat, behält dieser seine qualifizierende Eigenschaft bei, die Umschlossenheit bietet keinen relativen Schutz nur gegen die, die zum Betreten nicht befugt sind.[4])

---

[1]) Aehnlich Frank S. 504, Lpz.K. S. 774.

[2]) E. 1/217, 30/122, 39/104, Frank S. 505, Rüdorff-Stenglein S. 555, Schwartz S. 540, Binding S. 300, Haager G.S. 1878 S. 502; a. A. Gerland S. 453, Lpz.K. S. 774, Merkel HH. S. 675, Hälschner S. 319.

[3]) E. 39/104. [4]) Lpz.K. S. 774, a. A. Allfeld S. 449 Anm. 14.

2. Das Gebäude.

Während beim umschlossenen Raum der Raum an sich, der von einer künstlichen Anlage umgeben ist, im Vordergrund steht, gibt dem Gebäude die Herstellung von Menschenhand das Gepräge; noch viel mehr als beim umschlossenen Raum kommt es hier auf die künstliche Anlage an.

Vom umschlossenen Raum unterscheidet sich das Gebäude schon durch seine Zweckbestimmung. Während jener nur dazu dient, Unberufene von dem Eindringen abzuhalten, hat dieses noch positiv den Zweck, Menschen oder Tieren zum Schutz zu dienen.[1]) Dazu muss es vom Besitzer bestimmt werden und hiefür eine Eignung besitzen.[2]) Nicht ist jedoch notwendig, dass es diese Aufgabe auch wirklich erfüllt; es kann deshalb auch unbewohnt sein.[3]) Von Menschenhand muss es also errichtet sein, denn diese Bestimmung, die allein den erhöhten Rechtsschutz begründet, kann nur mittels künstlicher Vorkehrungen in die Wirklichkeit umgesetzt werden, natürliche Mittel können nur in viel beschränkterem Masse als beim umschlossenen Raume Verwendung finden.

Entsprechend seinem Schutzzwecke muss das Gebäude Menschen die Möglichkeit zum Zutritt bieten, wie überhaupt zum Begriffe des Gebäudes eine gewisse Grösse gehört. Baulichkeiten, die zwar an sich die Erfordernisse eines Gebäudes erfüllen, ihrer geringen Grösse wegen ein Eintreten jedoch nicht gestatten, wie Backöfen, Hundehütten etc., sind ungeeignet zur Begründung einer qualifizierten Diebstahlshandlung; sie können höchstens Bestandteile eines anderen Gebäudes sein.[4])

Schutz gewähren kann naturgemäss nur ein solcher Bau, der nach allen Seiten Deckung bietet, d. h. von Wänden umgeben und mit einem Dach versehen ist.[5]) Oborniker[6]) hält Bedachung nicht für notwendig, da es genüge, wenn das Gebäude Schutz

[1]) E. 3/411, 10/104, 17/179, Binding S. 298, Hälschner S. 317, Olshausen S. 1154.

[2]) E. 10/104, 49/51.

[3]) Oppenhoff S. 586, Merkel HH. S. 675.

[4]) E. 3/411, 4/164, 7/262, 10/103, Lpz.K. S. 773, a. A. Rüdorff-Stenglein S. 553.

[5]) E. 32/128, 49/51.

[6]) S. 57.

gegen die Witterung gewähre. Wie dies ohne Bedachung möglich sein soll, bleibt unerfindlich. Hinreichend ist allein schon die äussere Fertigstellung, irgend eine Einrichtung ist nicht notwendig, für die Qualifikation genügt deshalb ein in nackten Wänden stehender Neubau.[1]) Fehlt jedoch diesem noch die Bedachung, so ist keinesfalls ein Gebäude im Sinne des § 243, 2, möglicherweise jedoch ein umschlossener Raum vorhanden. Auch die Fertigstellung des Dachstuhls ohne Ausführung der eigentlichen Bedachung genügt noch nicht zur Verleihung der qualifizierenden Eigenschaft.[2]) Nicht notwendig dagegen ist, dass das Gebäude vollständig vollendet und intakt ist. Kleinere Mängel spielen keine Rolle, sofern es nur seiner Schutzbestimmung genügen kann. Das Gebäude braucht deshalb keineswegs schon vollständig vollendet sein, noch muss es sich in tadellosem Zustand befinden.[3]) Doch muss es immer imstande sein, den freien Zutritt Unbefugter zu verhindern. Sofern diese Zeckbestimmung gewahrt bleibt, ist nicht durchaus notwendig, dass alle Seiten von Wänden umgeben sind. Ein als Kopfstation gebauter Bahnhof wird meist als Gebäude aufzufassen sein. Häufig auch ein solcher mit Durchgangsgeleisen.[4]) Die Tatsache, dass das Gebäude für den öffentlichen Verkehr bestimmt ist, tut dem keinen Eintrag.[5])

Als Bauwerk muss das Gebäude unbeweglich sein und mit dem Boden in fester Verbindung stehen.[6]) Hierzu ist nicht nötig, dass es etwa im Erdboden verankert ist; es genügt schon eine Verbindung, die auf der eigenen Schwere beruht.[7]) In diesem Falle muss es aber doch so gewichtig sein, dass es ohne Zerlegung in seine Einzelteile nicht von der Stelle geschafft werden kann, da sonst das Moment der Unbeweglichkeit fehlt.[8]) Das Gebäude muss auch nicht mit der ganzen Grundfläche auf dem Erdboden

[1]) Merkel HH. S. 675.

[2]) E. 49/51, a. A. Rüdorff-Stenglein S. 554.

[3]) Binding S. 298.

[4]) E. 55/154, Lpz.K. S. 772.

[5]) Frank S. 504, Olshausen S. 1154.

[6]) E. 14/227, Allfeld S. 448, Lißt-Schmidt S. 622, Olshausen S. 1153, Binding S. 298.

[7]) E. 10/104, Gerland S. 453, Lißt-Schmidt S. 622, Lpz.K. S. 772.

[8]) Frank S. 504.

ruhen. Es ist ja nur eine entsprechend feste Verbindung mit diesem erforderlich, nicht aber gehört zum Tatbestandsmerkmal, dass es einen Teil der Bodenfläche bedeckt und Unbefugte vom Betreten dieses Teiles ausschliesst.[1])

Auf keinen Fall können also bewegliche Räume, wie Wagen und besonders Schiffe, als Gebäude betrachtet werden.[2]) Unrichtig ist es, wenn Eckstein[3]) die Frage der Unbeweglichkeit für völlig gleichgültig hält, wozu er nur auf Grund der verfehlten Annahme kommt, das Gesetz habe mit dem Ausdruck Gebäude überhaupt keinen festen Begriff geben wollen. Aus dem gesetzlichen Tatbestand ergibt sich gerade das Gegenteil dieser Auffassung. Es werden ganz bestimmte Räumlichkeiten besonders geschützt, wobei das Gesetz ohne besondere Definition im grossen und ganzen die Anschauungen des täglichen Lebens im Auge hat. Wenn es auch kriminalpolitisch bedauerlich erscheinen mag, Handlungen, die vielleicht genau so strafwürdig sind, jedoch eines der Tatbestandsmerkmale ermangeln, milder bestrafen zu müssen, so ist es doch nicht angängig, hier auf dem Wege allzu extensiver Auslegung gerade zum Gegenteil des gesetzlichen Willens zu kommen. Dies ergibt sich aus § 243 Nr. 7, in dem bewohnte Gebäude, umschlossene Räume und Schiffe einander gleichgestellt werden. Die Gleichstellung erfolgte hier nur wegen des Bewohntseins, nicht etwa wegen des Charakters der Schiffe als Gebäude. Wenn diese schon als Gebäude aufgefasst werden sollten, so dürfte für den § 243 Nr. 7 keine Koordination der beiden Begriffe gewählt sein, sondern sie müssten im Verhältnis der Subordination stehen.[4]) Nur in dieser Weise kann der gesetzliche Tatbestand aufgefasst werden; unmöglich ist es auch, etwa mittels eines arg. e contr. mit Rüdorff-Stenglein[5]) zu dem Schluss zu kommen: Die Unbeweglichkeit ist kein Tatbestandsmerkmal für das Gebäude, es genügt vielmehr ohne Rücksicht darauf schon ein Bauwerk, dessen Wandungen so stark sind, dass sie ein Eindringen erschweren.

---

[1]) E. 7/262, Lpz.K. S. 773, a. A. Schwartz S. 539, Hälschner S. 317.
[2]) E. 4/433, 33/375, R. 3/354, 5/413, Olshausen S. 1154.
[3]) S. 92.
[4]) Merkel HH. S. 675, Oborniker S. 52.
[5]) S. 553.

Dagegen ist unnötig, dass die Verbindung mit dem Boden eine dauernde ist, weshalb auch nur zu vorübergehenden Zwecken errichtete Baulichkeiten, wie Zirkusse und Ausstellungsgebäude unter diesen Begriff fallen, sofern nur die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Eine gegenteilige Auffassung lässt sich weder aus dem Gesetz noch aus den Anschauungen des täglichen Lebens herleiten.[1])

Entsprechend dem Schutzzweck müssen die Wände einigermassen widerstandsfähig sein, es muss sich überhaupt um eine Baulichkeit von gewisser Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Materials handeln. Welche Baustoffe dabei im einzelnen verwendet werden, spielt keine Rolle, wenn sie nur dem Gebäude die erforderliche Stabilität verleihen.[2]) Diese Eigenschaften unterscheiden die Gebäude von den Hütten, die der Sprachgebrauch und auch das Gesetz (§§ 306, 308) deutlich von den Gebäuden scheiden. Es handelt sich hier meist um unbedeutende Bauwerke aus wenig widerstandsfähigem Material. Eine feste Grenze zwischen Hütte und Gebäude lässt sich nicht ziehen, man muss im konkreten Fall entscheiden, ob ein Gebäude und damit der Qualifikationsfall vorliegt oder nicht. Durch die Nichtauffürung der Hütten in § 243 Nr. 2 hat der Gesetzgeber ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass diese nicht unter den erschwerenden Tatbestand fallen sollen. Das RG. hat deshalb auch aus Latten und Balken konstruierte, mit Leinwand verkleidete Buden, wie überhaupt Marktbuden, Baracken, Zelte etc. als nicht unter den Begriff Gebäude fallend erklärt.[3])

Bestritten ist, ob das Gebäude in den Luftraum emporragen muss. Prinzipiell ist an diesem Erforderniss nicht festzuhalten.[4]) An sich sind ja unterirdische Bauwerke, wie Keller und Schächte, noch nicht wegen der baulichen Sicherheitsvorrichtungen Gebäude.[5]) Hat die Ausmauerung nur solche Sicherheitszwecke, wie Abstützung des Druckes der Erdmassen, so kann man nicht

[1]) E. 10/103, Olshausen S. 1153, Frank S. 604.

[2]) Oppenhoff S. 585.

[3]) E. 10/104, 14/227, R. 1/252, 4/852, Frank S. 504, teilw. a. M. Lißt-Schmidt S. 622.

[4]) Olshausen S. 1155, Frank S. 504, Gerland S. 453, Lpz.K. S. 773, a. A. Allfeld S. 448.

[5]) E. 4/413.

sagen, dass sich hierin schon der Wille dokumentiert, eine Sphäre besonderen Schutzes zu schaffen. Anders liegt der Fall jedoch, wenn nicht nur einfach eine natürliche Gegebenheit ausgenützt wird, sondern tatsächlich nach den Anschauungen des Lebens ein lediglich unterirdisch liegendes Gebäude erstellt wird; es wäre doch direkt widersinnig, wollte man z. B. einem Untergrundbahnhof die Gebäudeeigenschaft versagen. Erhebt sich das Bauwerk teilweise über den Erdboden, so ist es Tatfrage, ob ein selbständiges Gebäude vorliegt, oder ob hier nur die natürliche Situation ergänzt wird. Tatfrage ist es auch, ob ein einheitliches Bauwerk oder mehrere selbständige Gebäude vorliegen; hier entscheidet, ebenso wie in dem ersteren Fall, die Anschauung des täglichen Lebens. Dabei kommt es weder auf das Befinden verschiedener Räumlichkeiten unter einem Dach, noch auch auf eine besondere Bestimmung des einzelnen Raumes an, sondern nur auf die gewöhnliche Lebensauffassung, ob ein nach aussen und innen einheitliches Gebäude vorhanden ist.

3. Das Behältnis.

Als weiteres geschütztes Objekt führt § 243 Nr. 2 die Behältnisse auf. Sie stehen im Gegensatz zum Gebäude und umschlossenen Raum und dienen, wie schon der Name sagt, zur Aufnahme und Aufbewahrung von Sachen.[1]) Zum Unterschied von den andern beiden Räumlichkeiten sind sie nie für den Zutritt von Menschen bestimmt.[2]) Der Qualifikationsgrund ist auch hier der erhöhte Besitzschutz, den das Behältnis gewährt. Die Umhüllung muss also in erster Linie genügend sein, um dem Inhalt einen ausreichenden Schutz zu gewähren.[3]) Nur dann wird die Qualifikation nicht gegeben sein, wenn sich aus der ganzen Sachlage ergibt, dass der Besitzer offensichtlich nicht den Willen gehabt hat, den aufbewahrten Gegenständen einen erhöhten Schutz angedeihen zu lassen und Dritten den Eingriff zu verwehren.[4]) Zu diesem Zwecke muss das Behältnis den Inhalt

[1]) E. 20/165, 37/353 R. 4/193.
[2]) Lpz.K. S. 776.
[3]) Olshausen S. 1159, Schwartz S. 542.
[4]) Eckstein a. a. O. S. 279, Brückner S. 85, a. A. Öppenhoff S. 591.

nicht allseitig decken.[1]) Es genügt, wenn dieser völlig umschliessbar ist, vollständig verdeckt braucht er nicht zu sein. Die Umschliessung kann im Einzelnen Lücken enthalten und braucht unter sich keine feste Verbindung vorzustellen; sie muss nur geeignet sein, gegen äussere Einflüsse, namentlich gegen Entwendung zu schützen.[2])

Einer besonderen Stärke der schutzgewährenden Umhüllung bedarf es nicht. Jeder relativ geeignete verschliessbare Gegenstand genügt für das Behältnis. Es braucht hierbei keine besonders feste Masse vorhanden zu sein, die nur mit ausserordentlicher Kraftanstrengung zu beseitigen ist. Das Gesetz macht nicht die Ueberwindung besonderer Schwierigkeiten zur Voraussetzung für das erschwerte Delikt, sondern nur, dass das betreffende Behältnis zur Verwahrung bestimmt ist und einen entsprechenden Verschluss aufweist.[3]) Wie der Verschluss im einzelnen gestaltet ist, bleibt vollkommen gleichgültig, es können Schlösser sein oder das Behältnis kann auch plombiert oder sonst wie verwahrt werden; er muss nur so fest sein, dass eigener Widerstand zur Ueberwindung notwendig ist.[4])

Aus der Notwendigkeit heraus, dass das Behältnis zur Verwahrung bestimmt sein muss, wird man gegen das Reichsgericht[5]) annehmen müssen, dass bei Umhüllungen von so schwacher Widerstandskraft, wie sie z. B. ein gewöhnliches Briefkuvert bietet, von vornherein überhaupt die Bestimmung fehlt, als Schutzmittel gegen Eingriffe dritter zu dienen.[6]) Die Bestimmung des Briefumschlags besteht lediglich darin, den Transport zu erleichtern und das Briefgeheimnis zu wahren. Hier liegt eben keine besondere Schutzumhüllung vor, sondern eine jedem in gleicher Weise zugängliche Umschliessung, die wegen ihrer geringen Widerstandsfähigkeit die Anwendung gewaltsamer Eröffnungsmittel direkt herausfordert.[7]) Auch bei Versendung von Wertbriefen bildet ja nicht etwa das versiegelte Kuvert das Schutz-

[1]) a. A. Frank S. 567, Gerland S. 454, Lpz.K. S. 776, Binding S. 299.
[2]) Recht 1911 Nr. 3785, Schwartz S. 542, Olshausen S. 1160.
[3]) R. 1/832, E. 20/165.
[4]) R. 1/832, 8/536, JW. 1929/1296.
[5]) E. 54/295, ebenso Allfeld S. 449 Anm. 22.
[6]) Lißt-Schmidt S. 623, Wachenfeld S. 377, Oppenhoff S. 591.
[7]) Rosenfeld Z.St.W. 37/166.

mittel, sondern die vermehrte postalische Sorgfalt, mit der ein solcher Beförderungsgegenstand behandelt wird.

Die Grösse des Behältnisses spielt keine Rolle.[1]) Es macht für die Bekundung des verbrecherischen Willens nichts aus, ob ein sehr kleines Behältnis, das vielleicht bequemer im Ganzen mitzunehmen gewesen wäre, erbrochen wird oder ein solches von normaler Grösse.

Unnötig ist auch, dass das Behältnis beweglich ist.[2]) Auch eingebaute Wandschränke und kleinere Geheimgelasse können Behältnisse sein.[3]) Nach herrschender Meinung[4]) werden Teile eines Gebäudes, insbesondere Zimmer, als Behältnisse aufgefasst. Diese Meinung widerspricht auf das schwerste den Anschauungen des täglichen Lebens. Hier werden unter Behältnissen immer Gegenstände geringeren Rauminhalts verstanden; es wird niemandem einfallen, ein Zimmer, das selbst wieder zur Aufnahme von Behältnissen geeignet ist, als ein solches zu bezeichnen. Auch aus dem Gesetz kann man nur das Gegenteil herauslesen. In § 243 Nr. 3 werden Türen und Behältnisse einander gleichwertig gegenübergestellt. Wenn schon jeder Innenraum an sich ein Behältnis ist, so ist nicht einzusehen, inwiefern hier nochmals die im Innern befindlichen Türen gesonderte Erwähnung finden. Es geht nicht an, hier mit einer besonderen Flüchtigkeit des Gesetzgebers zu operieren, der etwa im gleichen Paragraphen zwei verschiedene Begriffe des Behältnisses aufstellt, zumal sich auch aus der geschichtlichen Entwicklung das gleiche Ergebnis ergibt. § 223 Nr. 2 Pr.St.G. bedroht den Fall besonders, wenn der Täter im Innern eines Gebäudes in vorstehender Weise Türen, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse eröffnet. Nachdem Eingänge nie Behältnisse sein können, kann sich die Bezeichnung Behältnis nur auf Kisten, Schränke und ähnliche Gegenstände bezogen haben. Der rechtspolitische Einwand, dass das Erbrechen von Räumen im

[1]) a. A. Eckstein a. a. O. S. 282.

[2]) Frank S. 567, Olshausen S. 1159, a. A. Lpz.K. S. 776.

[3]) Frank S. 567.

[4]) RMG. 14/277, Z.St.W. 45/406, E. 1/217, 30/207, 37/353, 60/379, Schwartz S. 547, Olshausen S. 1161, Binding S. 300, Rüdorff-Stenglein S. 558, Oppenhoff S. 591, a. A. Liszt-Schmidt S. 623, Frank S. 507, Wachenfeld S. 377, Hälschner S. 319, Merkel HH. S. 677, Haager GS. 1878/502.

Innern eines Gebäudes nach dieser Auslegung straflos bleiben müsste, kann gegenüber dem eindeutigen Text des Gesetzes nicht durchgreifen, ist auch unrichtig, da Einbruch im Innern sehr gut möglich ist. Vollkommen unverständlich ist es, wenn das RG.[1]) einen für sich allein umfriedeten Garten als Behältnis charakterisiert,

Wie sich schon aus dem Begriffe Behältnis im Zusammenhang des Gesetzes ergibt, ist immer notwendig, dass ein Rauminhalt vorhanden ist. Ein Bilderrahmen, der jeden kubischen Inhalts entbehrt, kann kein Behältnis sein, wobei es auf die Befestigung an der Wand in keiner Weise ankommt.[2]) Weiterhin muss es sich bei dem Behältnis stets um ein selbständiges zur Aufbewahrung dienendes Gerät handeln. Bildet das Behältnis mit dem Inhalt ein einheitliches Ganze, so dass beide Teile Bestandteile voneinander sind, so fehlt der selbständige Verwahrungszweck, wie z. B. bei Umschnürungen oder der Hülle eines Federbetts.[3]) Auch einer zugeknöpften Gesässtasche ermangelt es an der nötigen Selbständigkeit; sie ist ein Teil des Beinkleides und bildet mit ihm eine Einheit. Mit seiner Konstruktion entfernt sich das RG.[4]) weit von einer vernünftigen Auslegung des Gesetzes, jeder Taschendieb wird damit zum schweren Einbrecher gestempelt.[5]) Die Frage, ob Gas oder andere Leitungsröhren zu den Behältnissen zählen, ist zu bejahen, da diese ebensowohl zur Leitung als auch zur Aufbewahrung dienen.[6])

b) Die Mittel.

1. Einbruch und Erbrechen.

Als erstes von den zur Qualifikation geeigneten Mitteln führt das Gesetz das Einbrechen auf. Einbruch ist die Verschaffung eines Zugangs zu einer Sache durch gewaltsame Beseitigung des Verschlusses, der dem Eigentum einen besonderen Schutz ge-

[1]) E. 55/211.

[2]) E. 30/208, Allfeld S. 449 Anm. 22.

[3]) E. 20/265, Allfeld S. 449 Anm. 22, Liszt-Schmidt S. 623, Merkel HH. S. 677, Oppenhoff S. 591.

[4]) G. 60/277.

[5]) Frank S. 507, Gerland S. 455.

[6]) E. 30/390, a. A. Harburger S. 255.

währen soll. Dieser Verschluss wird durch die Gesamtheit der Vorrichtungen gebildet, die Eingriffen Unbefugter Widerstand leisten sollen; hierbei ist eine weite Auslegung geboten. Es ist also gleichgültig, ob die Einbruchshandlung an einer sonst dem Zugang dienenden Oeffnung oder an einer anderen Stelle der Umschliessung vorgenommen wird. Diese wird gebildet von der gesamten, den betreffenden Raum einschliessenden Materie, also auch mit Einschluss des Fussbodens; dieser dient ja neben seinen sonstigen Funktionen vor allem auch der Abwehr von Angriffen von unten her. Erbrochen werden ja nicht etwa die Türen oder sonstigen Zugangsöffnungen, sondern das Gebäude selbst.[1])

Dem Begriff Brechen wohnt das Moment der Gewalt an sich inne. Nicht damit verbunden ist jedoch die Notwendigkeit einer Substanzverletzung. Die Schutzumschliessung kann in ihrer Sachsubstanz vollkommen unversehrt sein, es braucht durch die Gewaltanwendung nur der mechanische Zusammenhang der Umschliessung aufgehoben zu werden, sei es dass direkt eine Gestaltungsveränderung eintritt oder nur der Zusammenhalt an sich aufgehoben wird.[2]) Die Wortbedeutung erfordert nur Herstellung einer Oeffnung durch Anwendung von Gewalt, eine Zerstörung der mechanischen Umschliessung mit deutlich sichtbaren Spuren ist unnötig. Allein schon die Herstellung oder Erweiterung einer Oeffnung ist genügend.[3]) Dies geht auch aus der geschichtlichen Entwicklung des Begriffes hervor. In keinem der partikularen Gesetzbücher wird eine Substanzverletzung erfordert, auch das Pr.St.G., an dessen § 223 offensichtlich nichts geändert werden sollte, spricht nur von der Schaffung eines vorher nicht vorhandenen Eingangs oder der Erweiterung eines solchen. Die Verletzung der Umschliessungssubstanz selbst ist nirgends Tatbestandsmerkmal. Der Qualifikationsgrund ist ja auch nicht etwa die Grösse der Verletzung, sondern die Art der Ausführung sowie die besondere Hartnäckigkeit des Täters.[4]) Das Gesetz kann

[1]) Binding S. 299.

[2]) R. 2/590, 8/536, 9/381, Lpz.K. S. 775, Binding S. 299, Gerland S. 454, Wachenfeld S. 377, Hälschner S. 317, Allfeld S. 449, Oppenhoff S. 588, Rüdorff-Stenglein S. 555, a. A. Merkel HH. 675, Schwartz S. 541, Olshausen S. 1156, Liβt-Schmidt S. 622, Frank S. 506.

[3]) E. 4/353, 60/379.

[4]) E. 4/355, 13/206

es deshalb unmöglich auf das rein zufällige Merkmal der Substanzverletzung abgestellt haben, wodurch im konkreten Fall die Intensität der verbrecherischen Betätigung keine Berücksichtigung findet. Es fallen daher unter Einbruch auch Auseinanderbiegen oder Ausheben von Torflügeln.[1]) Mindestens muss jedoch eine Trennung der fest zusammengefügten Teile einer Verschlussvorrichtung vorliegen. Ohne eine solche Beeinträchtigung gibt es kein qualifiziertes Delikt, da doch sonst geradezu eine Umgehung des schweren Diebstahls vorliegt. Deshalb geht es zu weit, wenn teilweise blosse Aufhebung der Schwerkraft als genügend für die Qualifikation erachtet wird.[2]) Diese kann auf keinen Fall genügen, wenn der ganze Zusammenhang nur durch die Schwerkraft gewahrt wurde und sich nach der Einbruchshandlung automatisch der frühere Zustand wieder herstellt.[3]) Späterhin hat jedoch das RG. seinen Standpunkt geändert und lässt nunmehr Verschlüsse, bei denen nur die Schwerkraft überwunden werden muss, für die Qualifikation gelten.[4]) Es genügt also ein fester mechanischer Zusammenhang der einzelnen Teile der Umschliessung unter sich und mit dem Ganzen.[5]) In einem solchen Zusammenhang steht alles Verbundene, das nach seiner Bestimmung in ungetrennter Verbindung bleiben soll. Auf Brechbarkeit kommt es dabei nicht an. Der § 243 Nr. 2 verlangt ja nicht eine solche Eigenschaft von der Umschliessung, sondern nur dass mittels einer bestimmten Tätigkeit gestohlen wird. Brechen verlangt zwar, wie bereits dargelegt, irgend eine gewaltsame Tätigkeit, jedoch braucht es dabei auf die ursprünglich dem Begriff anhaftende Wortbedeutung nicht anzukommen.

Für das Mass der aufzuwendenden Kraft gibt weder das Gesetz noch der Sprachgebrauch irgend einen absoluten Massstab. Mit „Bruch" wird jede gewaltsame Handlung ohne Rücksicht auf das Gewaltmass bezeichnet, wodurch eine nicht ordnungsgemässe Eröffnung einer im gebrauchsfähigen Zustand be-

---

[1]) R. 1/685, 2/589, 3/361, 466, E. 4/353, ebenso Rüdorff-Stenglein S. 566, a. A. Liszt-Schmidt S. 622.

[2]) Olshausen S. 1156.

[3]) E. 2/371, Oppenhoff S. 588.

[4]) R. 3/361, E. 60/379.

[5]) Binding S. 299.

findlichen Umhüllung bewirkt werden soll. Es muss hier immer auf den konkreten Einzelfall ankommen. Massgebend ist der Widerstand, den das betreffende Verschlussmittel bildet.[1]) Es genügt die Gewalt, die notwendig ist, ein im Leben für genügend erachtetes Schutzmittel zu durchbrechen. Die aufgewandte Kraft braucht nicht grösser zu sein, als nötig ist, das spezielle Hindernis auf anormale Art zu beseitigen. Es genügt dabei schon die Anstrengung, die man zur Entfernung eines mittels Schlüssels aufgeschraubten Hahns aufwenden muss.[2]) Auch die beim Zerreissen einer Schnur oder eines Bindfadens angewandte Kraft muss genügen;[3]) sie kann durch Instrumente ergänzt oder sogar ganz ersetzt werden.[4]) Irgend ein Kraftaufwand muss jedoch vorliegen, einfaches Zurückschieben eines Riegels genügt nicht.[5]) Die Verschlussmittel dürfen daher von ihrer natürlichen Festigkeit nichts eingebüsst haben. War nicht einmal ein solches Kraftmass norwendig, weil die Tauglichkeit herabgesetzt war, so liegt keine Qualifikation vor. Das gleiche gilt, wenn die Handlung des Diebes nur darin bestanden hat, Steine von einer Oeffnung wegzuräumen, da hierzu verhältnismässig überhaupt keine Energie nötig ist.[6])

Aus der Vorsilbe „ein" in Verbindung mit der Präposition „aus" ergibt sich, dass durch das Brechen irgendwie eine Oeffnung von aussen in das Innere geschaffen werden muss. Es fragt sich nur, ob nur vom Freien her in das Gebäude eingebrochen werden kann oder ob es bereits genügt, wenn im Innern ein Einbruch verübt wird. Erstere Ansicht vertritt das RG.[7]) Einen solchen Unterschied zu machen widerspricht jedoch dem Sinne des Gesetzes. Es wäre doch widersinnig, wollte man etwa einen Diebstahl nicht qualifizieren, weil der Täter zunächst durch die offene Haustüre die Zutrittsmöglichkeit hatte und sich erst

[1]) R. 3/362, 8/537, E. 13/206, J.W. 1929/1295, Olshausen S. 1155, Lpz.K. S. 774, Oppenhoff S. 588, Allfeld S. 449 Anm. 20.

[2]) E. 30/390.

[3]) Olshausen S. 1156.

[4]) R. 8/536, E. 13/206, 15/12.

[5]) E. 13/206, Schwartz S. 540.

[6]) E. 13/257.

[7]) E. 30/122, 41/66, G. 64/550, ebenso Schwartz S. 540, Oppenhoff S. 589.

im Inneren zu einer Einbruchshandlung genötigt sah. Es muss ja nicht in ein Gebäude eingebrochen werden, sondern nur aus einem solchen mittels Einbruchs gestohlen werden; für dieses Erfordernis macht es keinen Unterschied aus, ob die Einbruchshandlung von aussen her oder im Innern geschehen ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, dass das Gebäude vom Freien aus zugänglich gemacht wird. Das Einbrechen muss nur mit Richtung auf das zu entwendende Objekt geschehen.[1]) Auch das RG. führt seine Ansicht keineswegs konsequent durch; so hält es die Qualifikation für gegeben, wenn die Einbruchshandlung vom Innern aus geschehen ist und erachtet es in formaler Auslegung für genügend, wenn der Zutritt irgendwann vom Freien her erfolgt.[2])

Der Täter braucht den Raum, aus dem er entwendet, nicht selbst zu betreten.[3]) Es genügt, wenn er durch Hineinlangen oder mittels irgendwelcher Instrumente sich den Besitz verschafft. Wie die Wegnahme nach der Einbruchshandlung vor sich geht, spielt keine Rolle; das RG. erklärte sogar für ausreichend, wenn die Okkupationshandlung durch einfaches Ansichlocken der Tiere eines erbrochenen Stalles mittels einer Lampe geschieht.[4]) Das Licht löst hier einen gewohnheitsmässig bekannten Bewegungsantrieb aus und bildet das Mittel, die Tiere aus dem Gewahrsam des Eigentümers zu entfernen.

Dass der Verfügungsberechtigte sich nur auf dem gleichen Wege den Zugang verschaffen kann, ist vollkommen gleichgültig.[5]) Das Gesetz erfordert zur Verwirkung der erhöhten Strafe ja nur, dass aus einem Gebäude mittels Einbruchs gestohlen wird ohne Rücksicht darauf, ob die Einbruchshandlung für jedermann nötig ist, der den Zutritt erlangen will. Qualifikationsgrund ist ja die besondere Geflissentlichkeit des Täters; damit, dass der Verfügungsberechtigte auf dem gleichen Wege den betreffenden Raum betreten muss, wird die Schuld um nichts geringer.

---

[1]) Frank S. 506, Allfeld S. 449, Lißt-Schmidt S. 623, Hälschner S. 319, Haager S. 502 a. a. O.

[2]) E. 41/66.

[3]) E. 29/71, 54/212, Binding S. 299, Oppenhoff S. 589, Schwartz S. 541.

[4]) E. 56/48, J.W. 1921/1365.

[5]) R. 8/537, G. 54/70, 57/203.

Deshalb ist es auch schwerer Diebstahl, wenn die Türe oder ein sonstiger Verschluss infolge Verquellens des Riegels nur mit grösserer, normale Verhältnisse überschreitenden Kraftanstrengung eröffnet werden kann.

Auch der Eigentümer selbst kann einen Einbruchsdiebstahl begehen. Wenn er in Räume einbricht, über die er kein Verfügungsrecht hat, so wiegt das genau so schwer wie die Tat eines Fremden.[1])

Für das Erbrechen von Behältnissen gelten die gleichen Ausführungen wie für den Einbruch. Wenn Merkel[2]) dem Begriff Erbrechen eine stärkere Akzentuierung zugrunde legt als dem Einbruch, so findet diese Auslegung im Gesetz keine Stütze. Erbrechen unterscheidet sich auch nach den gewöhnlichen Lebensanschauungen nicht vom Einbruch. Der ganze Unterschied ist ein rein äusserlicher und betrifft nur das Objekt. Der Einbruch richtet sich gegen Gebäude und umschlossene Räume, das Erbrechen kann nur an der dritten geschützten Kategorie von Räumlichkeiten, den Behältnissen verübt werden.[3])

2. Einsteigen.

Als weitere qualifizierte Tätigkeit wird vom Gesetz das Einsteigen bezeichnet. Hier verzichtet der Täter auf jede Gewaltanwendung gegenüber dem schützenden Verschluss. Die entgegenstehenden Hindernisse werden durch Geschicklichkeit überwunden.

Der Täter muss zunächst einmal für den Zugang einen ungewöhnlichen Weg wählen.[4]) Die Oeffnung, durch die eingestiegen wird, darf nicht für den ordnungsgemässen Zutritt bestimmt sein.[5]) Gibt diese Oeffnung überhaupt die einzige Möglichkeit den betreffenden Raum zu betreten, so ist kein Platz für eine Qualifikation, so wenn sie, wie z.B. bei einer Ueberschwemmung, den alleinigen ordnungsgemässen Zugang bildet.[6]) Die Ordnungs-

[1]) E. 30/388.
[2]) HH. S. 677.
[3]) R. 8/536, E. 44/74.
[4]) Binding S. 299.
[5]) E. 4/354, Allfeld S. 449, Hälschner S. 320, Lpz.K. S. 775.
[6]) R. 2/47.

mässigkeit der Oeffnungen kann auch der Berechtigte nicht nach reiner Willkür verändern, da hier gewisse sichere Merkmale erforderlich sind. Die Ungewöhnlichkeit des Weges muss schon daraus kenntlich sein, dass er nur mit einem gewissen Aufwand von Kraft und Geschicklichkeit zu benutzen ist. Es bleibt deshalb völlig gleichgültig, wenn der Besitzer selbst zeitweise seinen Weg über diese Oeffnung nimmt.[1]) Ein Hindernis, das auch der Besitzer beim Eintritt in den geschützten Raum überwinden muss, kann trotzdem zur Abhaltung Unbefugter dienen. Wenn daher bei Benutzung der ordnungsgemässen Oeffnung auch beim Vorliegen gewisser Schwierigkeiten im allgemeinen kein schwerer Diebstahl vorliegt, so muss man doch stets dann eine Qualifikation annehmen, wenn überhaupt keine Oeffnung vorliegt und auch der Berechtigte selbst überklettern muss.[2])

Besteht zu einem Eingang ein besonderes Zugangsmittel, so entfällt nur bei Benutzung dieses speziellen Mittels die Qualifikation, andernfalls liegt schwerer Diebstahl vor, es wird z. B. eine Bodenluke ohne die hierzu gehörige Leiter durch Hinaufziehen erreicht.[3]) Möglich ist auch, dass eine Eingangsöffnung nur für das Betreten einer bestimmten Abteilung eines Gebäudes zu benutzen ist. Dann kann nur insoweit ein ordnungsgemässer Eintritt erlangt werden, für das Betreten der übrigen Räume dieses Gebäudes geht der Zutritt über andere Eingänge. Wer doch über diesen besonderen Eingang unter Umgehung der gewöhnlichen Türe in die andern Räumlichkeiten eindringt, begeht einen schweren Diebstahl.[4])

Der Täter muss nicht nur das Gebäude auf ungewöhnlichem Weg, sondern auch mittels einer ungewöhnlichen Art der Fortbewegung erreichen. Dabei ist der Begriff Steigen keineswegs wörtlich auszulegen. Begreift doch auch das tägliche Leben unter Steigen sowohl eine aufwärts wie auch eine abwärts gerichtete Tätigkeit.[5]) Es fällt überhaupt jedes Eindringen, das ohne Anwendung von Gewalt gegen die schützende Materie vor sich

---

[1]) E. 59/171, Lißt-Schmidt S. 622.
[2]) G. 68/280.
[3]) G. 68/213, E. 53/174, Lpz.K. S. 775.
[4]) E. 6/350.
[5]) Binding S. 299.

geht, unter diesen Tatbestand, sofern es nur auf nicht ordnungsgemässe Art und Weise vorgenommen wird; es fällt deshalb Hinablassen, Abwärtsspringen und auch Einkriechen unter Einsteigen.[1])

Dabei muss jedoch immer ein Hindernis überwunden werden und der Dieb auf ausserordentliche Art in das Innere gelangen.[2]) Dieses kann bestehen in der Situation der Oeffnung in grösserer Höhe,[3]) in dem geringen Umfang der Oeffnung z. B. einem engen Spalt in einer Türe[4]) oder etwa in der Lage direkt an der Erde. Doch ist nicht jedes Einkriechen schon eine Qualifikationshandlung. Es muss schon zum Durchkriechen ein besonderer Aufwand von Geschicklichkeit und Kraft notwendig sein; ist dagegen genügend Raum vorhanden, dass man, wenn auch kriechend, so doch ohne jede Schwierigkeit in das Innere gelangen kann, so ist der Täter nicht mittels Einsteigens eingedrungen.[5]) Hindernisse, die durch blosses Ueberschreiten überwunden werden können, sind nicht geeignet, eine Sphäre verstärkten Besitzschutzes zu schaffen;[6]) eine Umschliessung, die übersprungen werden muss, genügt dagegen, um dem Raume die qualifizierende Eigenschaft zu verleihen. Nur die Beschaffenheit der Umfriedung ist entscheidend für die Qualifikation, nicht die erkennbare Zweckbestimmung. Die besondere Geflissentlichkeit zeigt sich hier weniger in der Missachtung des fremden Willens als in der Ueberwindung des Hindernisses.[7])

Die Hindernisse müssen sich aus der Natur und der Situation der Oeffnung selbst ergeben. Schutzvorkehrungen, die durch vorbereitende Handlungen beseitigt werden können, gewähren dem Gebäude keinen erhöhten Schutz, wenn sich dann dem Eintritt durch eine Oeffnung keine Hindernisse mehr entgegenstellen.[8])

[1]) E. 13/258, R. 8/601, Allfeld S. 449, Lißt-Schmidt S. 622, Hälschner S. 320, Lpz.K. S. 775, Oppenhoff S. 590, a. A. E. 6/186, Binding S. 299, Eckstein a. a. O. S. 293.

[2]) R. 7/349, E. 20/209, 53/174, G. 68/279, Hälschner S. 320.

[3]) R. 7/10, 2/653.

[4]) E. 55/144, a. A. E. 4/354.

[5]) R. 1/471, 7/349, E. 6/190, 13/258, D.J.Z. 1910/591.

[6]) Eckstein a. a. O. S. 292.

[7]) Hälschner S. 320. [8]) E. 13/258.

Aus dem Begriffe Einsteigen folgt, dass es nicht genügen kann, wenn der Dieb etwa an der Aussenwand des Gebäudes emporklettert, um sodann den begehrten Gegenstand durch Hineinlangen zu erreichen. Eine solche Tätigkeit könnte schon sprachlich nicht als Einsteigen bezeichnet werden. Hier ist vielmehr erforderlich, dass der Täter selbst in den Innenraum gelangt ist.[1]) Er braucht sich jedoch körperlich nicht vollständig im Innern befunden haben. An das Mass des Eindringens werden verschiedene Anforderungen gestellt. Teilweise wird verlangt, dass der Täter zumindestens seinen Schwerpunkt[2]) in den betreffenden Raum verlegt oder ihn wenigstens mit einem Fuss betreten haben muss.[3]) Das RG.[4]) lässt hier jede Möglichkeit zu. Der Täter braucht den Raum nicht mit dem Fuss betreten zu haben, es genügt bereits, wenn er sich etwa mit einem Knie auf dem Fensterbrett aufstützt. Eine genaue Grenze wird sich hier nicht ziehen lassen, es wird immer darauf ankommen, ob der Dieb sich körperlich soweit im Innern befindet, dass man sagen kann, er hat die Wegnahmehandlung in einer den Anschauungen des Lebens entsprechenden Weise im Innern eines Gebäudes getätigt.

Auch der Einsteigediebstahl muss von aussen geschehen. Genau so wie beim Einbrechen ist jedoch nicht notwendig, dass dies vom Freien aus geschieht. Die besondere Gefährlichkeit des Täters zeigt sich bereits durch den verbrecherischen Angriff in Richtung gegen das durch eine Räumlichkeit besonders geschützte Objekt. Für das Einsteigen müssen die gleichen Grundsätze gelten wie für das Einbrechen, nachdem in dieser Beziehung die beiden Begriffe einander gleichgestellt sind. Auch aus den Motiven ergibt sich nichts, das auf ein Abweichen von dem früheren Rechtszustand hindeutet, der Einsteigen im Innern sehr wohl kannte.[5]) Einsteigen direkt vom Freien aus verlangt

[1]) Binding S. 299, Hälschner S. 321, Allfeld S. 449 Anm. 15, Rüdorff-Stenglein S. 557, a. A. Liszt-Schmidt S. 622, Merkel HH. S. 676, Gerland S. 454.

[2]) Oppenhoff S. 590.

[3]) Frank S. 506.

[4]) G. 53/448.

[5]) Allfeld S. 449, Hälschner S. 321, Frank S. 507, Binding S. 299, Merkel HH. S. 676, Schwartz S. 542, Haager a. a. O. S. 498, Olshausen

ja auch das Reichsgericht nicht mehr, es wird für genügend erklärt, wenn die Einsteigehandlung von dem allerdings angebauten Nachbarhaus aus vorgenommen wird.[1])

Nicht eingestiegen werden kann in ein Behältnis, da dieses dem Zutritt von Menschen überhaupt unzugänglich ist.[2])

Bestritten ist es, ob ein Einsteigediebstahl auch durch einen mittelbaren Täter verübt werden kann. Vom RG. wird diese Frage mit Recht verneint.[3]) Hier handelt es sich nicht um das Bewirken irgend eines Erfolges, ohne dass es dem Gesetz darauf ankommt, wie und von wem die Handlung vorgenommen wird, sondern um ein sogenanntes eigenhändiges Delikt. Beim Einsteigen besteht die erschwerende Handlung gerade darin, dass der Täter in eigener Person. zwar nicht durch Gewaltanwendung, aber doch mittels entsprechender Körperbewegungen den Eintritt nimmt. Es ist wohl gleichgültig, ob man einbricht, indem man selbst irgend welche Werkzeuge anwendet oder dies durch einen dritten Gutgläubigen besorgen lässt. Anders liegt jedoch der Fall beim Einsteigen; hier muss sich die besondere Hartnäckigkeit des Diebes schon in eigenen Handlungen zeigen, die Tätigkeit eines anderen Gutgläubigen kann hier nicht symptomatisch sein für die Geflissentlichkeit des Täters selbst. Bei Mittäterschaft dagegen genügt es, wenn einer von ihnen den Erfolg verwirklicht, da ja beide Täter sind und den Diebstahl als eine gemeinsame Handlung begehen.[4])

Keine Rolle spielt es, ob der Dieb etwa dazu berechtigt war, in dem Gebäude sich aufzuhalten. Die strengere Strafe hängt ja nicht davon ab, dass etwa der Täter ein Fremder ist; bestraft wird der Zutritt auf nicht ordnungsgemässe Weise durch eine nicht dazu bestimmte Oeffnung. Für den Eigentümer ist ein solches Verhalten genau so rechtswidrig wie für jeden an-

---

S. 1159, a. A. R. 2/46, E. 8/102, 30/122, Lpz.K. S. 775, Rüdorff-Stenglein S. 557, Oppenhoff S. 590.

[1]) E 39/104, Lpz.K. S. 775, Rüdorff-Stenglein S. 557.

[2]) Lpz.K. S. 775.

[3]) E. 24/86, Seuff.Bl. 73/798, 76/432, E. 52/128, Recht 10/3866, J.W. 46/816, Oppenhoff 590, Olshausen S. 1158, a. A. Allfeld S. 449, Harburger S. 255, Lpz.K S. 771

[4]) L.Z. 1918/53, 1919/902, E. 26/345, Lpz.K. S. 770.

deren; durch den Diebstahlszweck wird das Einsteigen zu einer unbefugten Handlung.[1])

c) Die Beziehungen zwischen den einzelnen Begriffen, gegeben durch die Präposition:

1. „mittels".

Der Diebstahl muss mittels der in § 243 Nr. 2 aufgeführten Handlungen ausgeführt werden. Sie müssen die causa für den Erfolg bilden, der ohne ihre Mitwirkung gar nicht weggedacht werden kann. Die Handlungen müssen deshalb immer der Okkupation vorausgehen. Folgt die Qualifikationshandlung der Wegnahme nach, so war sie ja hierfür nicht das Mittel; sie diente lediglich der Sicherung eines bereits eingetretenen Erfolgs.[2])

Die Handlung muss nicht nur tatsächlich die Grundlage für den Erfolg bilden, sie muss auch mit Bewusstsein als solche vorgenommen werden. Der Vorsatz des Täters muss sich auf die Qualifikationshandlungen erstrecken. Dolus subsequens ist unmöglich. Wurde zunächst mit dem Einsteigen ein anderer Zweck verfolgt und dann erst der Diebstahlsentschluss gefasst, so war die Qualifikationshandlung nicht das Mittel für den späteren Erfolg. Wer eingestiegen ist um zu übernachten und bei dieser Gelegenheit einen Diebstahl begeht, verübt kein schweres Delikt, da er ja eingestiegen ist, um sich ein Nachtlager zu verschaffen.[3])

Zweifelhaft ist die Beurteilung, wenn der Dieb zunächst auf Grund eines bestimmten Entschlusses einbricht oder einsteigt, um sodann im Innern auf Grund einer Modifikation seines Vorsatzes anderes als ursprünglich beabsichtigt war, wegzunehmen. Das RG.[4]) nahm hier ursprünglich zwei selbständige Handlungen an und verneinte den schweren Diebstahl im zweiten Fall. In einer späteren Plenarentscheidung[5]) wurde dieser Standpunkt verlassen und bei einheitlicher Tat wegen schweren, sonst wegen ein-

---

[1]) E. 39/104, Rüdorff-Stenglein S. 558.

[2]) Schwartz S. 538, Merkel HH. 678, Hälschner S. 322, Olshausen S. 1161, Lpz.K. S. 768, Frank S. 505, E. 3/440.

[3]) E. 3/440, R. 3/367, Hälschner S. 321, Harburger S. 259, Frank S. 505, Binding S. 298, Lpz.K. S. 769.

[4]) R. 7/219.

[5]) E. 14/314.

fachen Diebstahls abgeurteilt. Letzteres wird nur dann angenommen, wenn der Diebstahlsvorsatz zunächst ganz fallen gelassen, und dann ein neuer Entschluss zu einem sochen Delikt gefasst wurde. Man muss hier unterscheiden, ob ein bestimmter Vorsatz mit Bezug auf konkrete Gegenstände vorhanden ist, oder ob die Qualifikationshandlung in der generellen Absicht, irgend etwas wegzunehmen, vorgenommen wurde. Im letzteren Fall liegt immer schwerer Diebstahl vor, da ja der Vorsatz des Diebes keinerlei Aenderungen unterliegt. Wurde mehr gestohlen, als es der ursprünglichen Absicht entsprach, so ist die Tat im Fortsetzungszusammenhang begangen und als ein qualifiziertes Delikt zu charakterisieren.[1]) Möglich ist auch, dass die Verwirklichung des beabsichtigten strafbaren Erfolgs ganz aufgegeben wurde und erst dann der Entschluss zu einem neuen Diebstahl gefasst wurde. Hier handelt es sich um eine völlig neue Tat entsprechend dem neuen verbrecherischen Entschluss. Die in anderer Absicht begangenen früheren Handlungen sind ihm nicht zuzurechnen, da sie nicht das Mittel zur Verwirklichung dieses Erfolges bilden. Von einem schweren Diebstahl kann also keine Rede sein, es ist nur das einfache Delikt begangen.[2]) Dies ergibt sich auch schon daraus, dass ja nach § 46 StGB. Straflosigkeit eintreten müsste, wenn nach dem aus freien Stücken aufgegebenen Einbruchsdiebstahl nicht noch eine weitere strafbare Handlung erfolgte. Wurden dagegen die gesuchten Gegenstände nicht gefunden und andere dafür mitgenommen, so wird meist im Vorsatz keine Aenderung eintreten. Der Entschluss zu stehlen wird nicht aufgegeben, sondern nur eine Aenderung der Objekte vorgenommen; der verbrecherische Angriff geht ohne Abweichung gegen das gleiche Rechtsgut. Es liegt also auch hier ein schwerer Diebstahl vor, da bei einheitlichem Vorsatz auch nur eine Tat vorhanden ist. Eine andere Beurteilung wäre nur dann möglich, wenn es der Dieb von Anfang an beabsichtigt hätte, für den Fall des Fehlens dieser Gegenstände den Diebstahl aufzugeben und dann doch aus irgend einem Grunde zu einer nenen Tat bewogen worden wäre. Praktisch wird ja die Einheit des Vor-

[1]) E. 14 312, Frank S. 231.

[2]) E. 14/312, 53/262, Lpz.K. S. 769, a. A. Binding S. 298, Höpfner S. 71.

satzes meist vorliegen, da die massgebenden Kriterien hiefür dem Innenleben angehören und damit nur schwer überprüfbar sind.[1])

Wurde ursprünglich ein Mundraub beabsichtigt, so ist es unmöglich, wenn das RG. Identität zwischen dem allgemeinen Diebstahlsvorsatz und dem des § 370 Nr. 5 StGB. annimmt. Der Mundraub gehört wohl der Gruppe der Entwendungsdelikte an, bildet jedoch einen Fall für sich, da hier im voraus ganz spezielle Objekte in genauer Konkretisierung zum Ziel genommen werden. Wer Nahrungs- oder Genussmittel geringen Wertes zum sofortigen Verbrauch entwenden will, hat einen so ins einzelne spezialisierten Vorsatz, dass die Wegnahme irgend eines anderen Gegenstandes als ganz neue Tat erscheinen muss. Das RG. kann sich bei seiner Auslegung nicht auf § 243 Nr. 7 stützen, der nur im allgemeinen diebische Absicht erfordert. Diese Vorschrift bildet einen Sonderfall; es ist ja hier ohne Rücksicht darauf, ob der erste Vorsatz aufgegeben ist oder nicht, jede Ausnutzung der günstigen Lage qualifizierter Diebstahl, wobei es auf die Konkretisierung überhaupt nicht ankommt. Auch wenn ein allgemeiner Entschluss, irgend einen Gegenstand wegzunehmen, für den Diebstahl genügt, so ist doch gerade damit die Tatsache unvereinbar, dass § 370 Nr. 5 StGB. einen genau konkretisierten Entschluss erfordert. Deshalb ist hiefür die Frage, ob und wann sich der Vorsatz konkretisiert hat, vollkommen belanglos, da jedenfalls derjenige, der zwecks Begehung eines Mundraubs einbrechen will, sich bereits entschieden hat. Man kann auch nicht behaupten, dass im Erstreben eines zusammengesetzten oder spezialisierten Erfolges stets der eventuelle Vorsatz des einfachen Delikts enthalten ist. Tatsächlich ist dies wohl im Einzelfall möglich, eine generelle Fiktion kann man jedoch nicht aufstellen. Der engere Erfolg kann eine ganz andere Bedeutung haben als der weitergehende, weshalb man anders wie im Zivilrecht nicht von einem Plus auf ein Minus schliessen kann. Die dem mit dem Vorsatz des § 370 Nr. 5 verübten Einbruch nachfolgende Diebstahlshandlung kann also nur ein einfacher Diebstahl sein.[2])

---

[1]) Höpfner S. 71, Binding S. 298.

[2]) Höpfner S. 72, Allfeld S. 449 Anm. 54, v. Bar Bd. 2 S. 350 Anm. 118, Geyer a. a, O. S. 301 ff., Goldschmidt a. a. O. S. 349 ff., a. A. Olshausen S. 1162, Lpz.K. S. 769, Binding S. 300.

Die Ausführung des Diebstahls braucht nicht der alleinige Zweck der qualifizierenden Handlung sein. Sehr wohl kann damit gleichzeitig die Erreichung eines erlaubten Zieles verbunden werden; die Wirkung in der verbotenen Richtung wird dadurch in keiner Weise aufgehoben.[1])

Die Handlung muss das bewusst gewollte Mittel sein, das der Dieb zu seiner Ausführung benutzt hat. Es genügt also nicht, wenn im Zusammenhang mit dem Diebstahl Hindernisse durch qualifizierte Handlungen überwunden werden, die sich nur als Vorbereitungshandlungen charakterisieren. Auch wenn der Zugang zu einer geschützten Räumlichkeit offensichtlich so gestaltet ist, dass er von jedem und damit auch vom Täter benutzt werden konnte, so ist dem davon unterrichteten Dieb gegenüber keine besondere Schutzsphäre vorhanden. Dieser hatte dann durchaus nicht in sein Bewusstsein aufgenommen, sich einer qualifizierenden Handlung zu bedienen, er begeht auch keinen schweren Diebstahl. Sonst macht es nichts aus, dass etwa die betreffende Handlung nicht das einzig mögliche Mittel ist, um in den betreffenden Raum zu gelangen, sei es dass ein Mitbewohner jederzeit die Möglichkeit des Zutritts hat, sei es dass noch unverschlossene Zugänge vorhanden sind.[2]) Wieder anders jedoch liegt der Fall, wenn das Vorhandensein des Verschlusses überhaupt unbekannt ist und dieser bei Ausübung einer erlaubten Handlung verletzt wird, der erst ein Diebstahl nachfolgt. Hier schlägt § 59 RStGB. ein, da überhaupt ohne Wissen und Willen von einem Einbruch gestohlen wurde.[3])

Mittel und Erfolg brauchen nicht in einer nahen zeitlichen Aufeinanderfolge zueinander stehen. Wird der Täter während des Diebstahls gestört und setzt er später seine Tätigkeit fort, so liegt eine einheitliche Handlung vor. Aendert er jedoch inzwischen den Vorsatz oder hat er ihn völlig aufgegeben, so begeht er eine neue Handlung. Diese Vorarbeit wird nun dem Täter häufig jede weitere Einbruchshandlung ersparen. Bei der Ausführung des neuen Vorsatzes stellen sich ihm keinerlei Hin-

[1]) E. 53/263, Frank S. 508.

[2]) E. 32/141, a. A. E. 7/262, 13/423, Harburger S. 256, Schwartz S. 539, Merkel HH. S. 678.

[3]) R. 10/255.

dernisse entgegen und er verwendet zum Diebstahl keine der im Gesetz aufgeführteu Handlungen; es liegt also nur ein einfacher Diebstahl vor. Da die Qualifikationshandlungen das bewusste Mittel zum Diebstahl bilden müssen, spielt es keine Rolle, dass die benützte Oeffnung bereits einem früheren Diebstahl diente oder dienen sollte, selbst wenn der Täter dies weiss.[1])

Die Beziehung zwischen Mittel und Erfolg kann auch eine indirekte sein, indem durch die Qualifikationshandlung erst die weitere Zugangshandlung erreicht wird; es wird etwa erst das die Schlüssel enthaltende Behältnis erbrochen. Der besondere Schutz erstreckt sich auch auf das Verschlussmittel mit, stellen doch gerade die Schlüssel bereits einen Teil der Herrschaft über die mit ihrer Hilfe zugänglichen Räume dar. Das Ganze muss sich als einheitlicher Handlungskomplex abspielen. Die einstweilige Verschaffung des Eröffnungsmittels zum Zwecke gelegentlicher Entwendung begründet diese Einheit nicht. Es muss deshalb auch bereits beim Erbrechen des Schlüsselbehälters eine entsprechende Absicht vorliegen, die Wegnahme in dieser Weise vorzubereiten. Sollten sich bereits in dem erbrochenen Behältnis die gesuchten Gegenstände befinden und wird nur der Schlüssel zu anderen Räumlichkeiten darin gefunden und verwendet, so liegt bezüglich des Schlüsselbehältnisses versuchter schwerer Diebstahl vor, während die gestohlene Sache mittels des einfachen Deliktes entwendet wurde.[2]) Diese Handlungen müssen sich jedoch in einem Gebäude abspielen; sie können wohl in verschiedenen Räumen dieses Gebäudes oder umschlossenen Raumes vorgenommen werden, jedoch nicht in zwei vollkommen selbständigen, besonders geschützten Räumlichkeiten.[3])

Als Mittel der Qualifikationshandlung kann irgendein Werkzeug verwendet werden. Der Dieb braucht das Einbrechen etc. nicht mit der reinen Körperkraft vollbringen. Er kann sich auch eines Gutgläubigen als mittelbaren Täter zur Ausführung bedienen, mit Ausnahme des Einsteigediebstahls.[4])

[1]) G. 63/120, Köhler, Grenzlinien S. 71 ff., Frank S. 506, Lpz.K. S. 769, Oppenhoff S. 589.

[2]) E. 53/284, Olshausen S. 1162.

[3]) R. 2/103, E. 40/95, 153, Eckstein S. 299, Lpz.K. S. 769, Olshausen S. 1163, Schwartz S. 539, Harburger S. 256.

[4]) E. 24/88, Lpz.K. S. 770.

2. „aus".

§ 243 Nr. 2 StGB. erfordert schliesslich noch, dass aus einem Gebäude . . . gestohlen wird. Die entwendete Sache muss sich also zur Zeit des Diebstahls in dem geschützten Raum befunden haben. Im Gebäude oder umschlossenen Raum befindet sich alles, was innerhalb der Schutzumfassung liegt; die Ablösung einer Fensterscheibe kann deshalb kein schwerer Diebstahl sein. Dagegen erfüllt eine in die Umfassungsmauer eingebaute, wenn auch nur von der Strassenseite aus zugängliche Warenauslage den Begriff des § 243 Nr. 2.[1]) Doch können auch Gegenstände, die noch über diese Umgrenzung hinausragen, an dem besonderen Schutze teilhaben.[2]) Hierbei kann es nicht darauf ankommen, ob sich etwa der Schwerpunkt des Gegenstandes noch im Innern befindet, massgebend ist nur, ob die gestohlene Sache noch dem besonderen Schutze des Gebäudes unterliegt; so spielt es keine Rolle, dass sich etwa eine Röhrenanlage noch weit über den betreffenden Raum hinaus erstreckt. Auf keinen Fall hat diese Eigenschaft ein an der Aussenwand eines Gebäudes befestigter Schaukasten, der mit dem Innern in keinerlei Verbindung steht, selbst wenn er mit dem Gebäude fest verbunden sein sollte.[3]) In einem Hausflur, der einen öffentlichen Durchgang bildet, befindliche Sachen sind nicht von vornherein der geschützten Eigenschaft entkleidet; es wird immer Tatfrage bleiben, inwieweit hier überhaupt noch von einem Gebäudeinnern in diesem Sinne gesprochen werden kann.[4])

Die Sache braucht nicht aus dem Gebäude weggebracht worden zu sein, die Präposition „aus" hat hier nur die Bedeutung von „im Gebäude befindlich", das Wegschaffen selbst wird vom Gesetze nicht erfordert.[5]) Den Grund für die Qualifikation gibt ja die besondere Gefährlichkeit des Täters, die sich bereits in der betreffenden Einbruchshandlung genügend charakterisiert. Darauf, wie etwa später die Zueignung erfolgt, ob dabei die gestohlene Sache aus dem Haus herausgeschafft wird, kann es hier

[1]) E. 54/221.
[2]) R. 6/587, E. 11/118, Lpz.K. S. 771, Rüdorff-Stenglein S. 593.
[3]) Olshausen S. 1150, J.W. 1930/920.
[4]) Siehe Schwartz S. 538.
[5]) D.Str.Z. 1917/87, Binding S. 298, Harburger S. 254.

nicht ankommen. Deshalb kann auch ein Mitbewohner ohne weiteres einen schweren Diebstahl begehen; der Grund für das Belassen der Beute am Diebstahlsort kann aber auch ein anderer sein, z. B. eine Störung des Täters.[1])

Behältnisse, dies- ergibt sich aus dem Erfordernis „aus", müssen sich während des Aufbrechens im Innern des Gebäudes befunden haben.[2]) Durch Mitnahme des ganzen Behältnisses und erst dann nachfolgende Qualifikationshandlung wird die Anwendung des Tatbestandes von § 243 Nr. 2 unmöglich. Umgekehrt braucht sich das Behältnis, wenn der Dieb mit seiner Tätigkeit beginnt, keineswegs schon im Innern des Gebäudes befunden haben; es macht also nichts aus, wenn der Täter erst selbst das Behältnis in ein Gebäude hineinschafft.[3]) Dabei kommt es darauf an, ob der Diebstahl nicht schon längst vor dem Hineinschaffen und Aufbrechen vollendet war. Mit dem Moment, mit dem das Behältnis bereits im Freien völlig dem Gewahrsam des Berechtigten entzogen war, kann daran ein schwerer Diebstahl nicht mehr begangen werden, wenn später in irgendeinem dafür nicht als Aufebwahrungsort bestimmtem Gebäude die Verwertung mittels Aufbrechens erfolgt. Anders ist es, wenn ein fremder Gewahrsam noch fortbesteht, da dann der Diebstahl noch nicht vollendet ist.[4]) Der massgebende Gesichtspunkt ist hierbei, ob sich das Behältnis noch im Gewahrsam des Bestohlenen befindet. Der Begriff des Gewahrsams ist dabei weit auszulegen. Es kommt auf die Verfügungsgewalt des Bestohlenen an. Das Gebäude und der zugehörige umschlossene Raum bilden hier eine Einheit; solange sich das Behältnis noch innerhalb dieses Raumkomplexes befindet, besteht der Gewahrsam noch fort. Die Qualifikation entfällt also nicht, wenn das Behältnis in einem andern Raum wie dem Aufbewahrungsort erbrochen wird, wenn nur die ganze Anlage so einheitlich ist, dass der Verletzte sich den Gewahrsam noch erhält.[5])

[1]) E. 7/419, 30/388, 53/144, Binding S. 298, Harburger S. 254.

[2]) E. 7/419, 30/388, Allfeld S. 449 Anm. 23, Merkel HH. S. 677, Frank S. 507, Olshausen S. 1161, Binding S. 299, Gerland S. 458, Lpz.K. S. 771, a. A. Eckstein S. 285, Schütze S. 436.

[3]) G. 52/386, a. A. Eckstein S. 284.

[4]) J.W. 1905/548, Lpz.K. S. 777.

[5]) E. 11/209, 40/94, G. 52/385, Lpz.K. S. 777.

Fraglich ist, wie es mit den Gewahrsamsverhältnissen an einem verschlossenen Behältnis steht, dessen Schlüssel ein Dritter im Besitz hat; in der Regel wird der Gewahrsam am Behältnis auch den über den Inhalt in sich schliessen. Nötig ist dazu jedoch, dass der Besitzer auch tatsächlich die Möglichkeit hat, über den Inhalt zu verfügen. Hat der Inhaber des Schlüssels jederzeit nach seinem freien Belieben Zutritt zu dem Behältnis, so besitzt er mindestens Mitgewahrsam; fehlt dem Verwahrer auch das Verfügungsrecht, so steht dem Schlüsselinhaber sogar Alleingewahrsam zu.[1])

Nur dann kommt der erschwerende Tatbestand in Anwendung, wenn die qualifizierenden Umstände an dem Gebäude in Anwendung gekommen sind, aus dem gestohlen worden ist. Wer die Qualifikationshandlung an einem anderen Gebäude ausführt, durchbricht nicht die Sphäre des besonderen Schutzes, mit der der Eigentümer seinen Besitz umgeben hat. Wird also das Schlüsselbehältnis mit Absicht des späteren Gebrauchs ausserhalb des Gebäudes erbrochen, so kann von einer Qualifikation keine Rede sein. Der klare Wortlaut des Gesetzes lässt hier keine andere Deutung zu, als dass Qualifikation und Wegnahme, die in einer fortlaufenden Handlung bestehen müssen, auch an dem gleichen geschützten Objekt vorgenommen werden müssen.[2]) Dabei werden Gebäude und der zugehörige Hofraum wieder als eine Einheit aufzufassen sein, denn der Wille des Besitzers, hier eine Stätte besonderen Schutzes zu schaffen, bezieht sich ja auf sein Besitztum als ein Ganzes. Der schwere Diebstahl ist erst dann ausgeführt, wenn das Behältnis dem Gewahrsam des Bestohlenen, der sich noch auf die angeführten Oertlichkeiten erstreckt, vollkommen entzogen ist. Dehnt sich die Verfügungsgewalt nur auf einen Teil des Gebäudes oder umschlossenen Raumes aus, so endet hier bereits der Gewahrsam des Berechtigten.[3])

---

[1]) E. 5/223, 45/251, 47/212, Frank S. 508, teilw. a. A. Rosenfeld a. a. O. S 159 ff.

[2]) E. 40/94.

[3]) E. 7/419, 11/208, 36/388.

3. Kapitel.

Der Diebstahl nach § 243 Nr. 3.

In der Nummer 3 des § 243 StGB. ist unter Strafe gestellt die Oeffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raums oder die Eröffnung der im Innern befindlichen Türen oder Behältnisse unter Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmässigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge.

Auszeichnungsgrund dieses Tatbestandes ist also in erster Linie die Art und Weise, wie der Diebstahl ausgeführt wird; die besondere Gefährlichkeit des Diebes zeigt sich hier in der Anwendung listiger Mittel. Der Berechtigte hat seinem Besitz durch besondere Vorkehrungen einen ausgezeichneten Schutz angedeihen lassen, gegen den sich auch hier das Vorgehen des Diebes richtet. Er arbeitet gegen den Verschluss, mit dessen Hilfe Angriffe Unbefugter abgehalten werden sollen. Nicht mit Gewalt oder besonderer Körpergewandtheit greift hier der Dieb an; seine Geflissentlichkeit liegt in der besonders listigen Weise seines Vorgehens, in der Anwendung von Hilfswerkzeugen, die ihn widerrechtlich ohne Kraftaufwand unter Wahrung der Unversehrtheit der Umschliessung die getroffenen Schutzvorrichtungen durchdringen lassen.

a) Die Angrifsmittel.

1. Der falsche Schlüssel.

Da an sich zu einem Schloss nur ein individueller Schlüssel passt, dessen Besitz den verstärkten Schutz verschafft, gehören zu den Angriffsmitteln in erster Linie die falschen Schlüssel.[1]) Darunter versteht man zunächst nachgemachte, gefälschte Schlüssel für einen speziellen Zweck, sowie vor allem auch Dietriche und ähnliche Werkzeuge, die die Möglichkeit gewähren, Schlösser aller Art aufzuschliessen. Die Grenze zwischen Schlüssel und der Eröffnung dienendem Werkzeug ist flüssig.

Weiterhin gehören hierher vor allem die „unrichtigen" Schlüssel. Will man einen objektiven Gesichtspunkt für die Beurteilung der Richtigkeit eines Schlüssels für massgeblich er-

[1]) Frank S. 508, Eckstein S. 305.

klären, so wären nur solche Personen vom Zugang ausgeschlossen, die nicht im Besitz eines zufällig passenden Schlüssels sind.[1]) Es muss vielmehr ein subjektives Moment entscheiden, ob ein Schlüssel richtig, d. h. zur ordnungsmässigen Eröffnung bestimmt ist; dies ist der Wille desjenigen, der zur Verfügung über das Schloss berechtigt ist.[2]) Richtig ist der Schlüssel, der von dem Berechtigten über die betreffende Räumlichkeit zur dauernden, ordnungsmässigen Eröffnung des Verschlusses bestimmt ist. Der Verfügungsberechtigte braucht nicht identisch mit dem Eigentümer zu sein; der Inhaber der Räumlichkeit braucht nicht der allein Verfügungsberechtigte sein.[3])

Der Schlüssel muss immer dem Schloss gegenüber Zubehör sein.[4]) Die Zubehöreigenschaft kann ursprünglich eine rein tatsächliche sein, gegeben durch die Anfertigung für dieses Schloss. Es kann jedoch auch der Berechtigte einem ursprünglich nicht für dieses Schloss bestimmten Schlüssel nach seiner Willkür die Zubehöreigenschaft verleihen. Die Bestimmung des Schlüssels kann wechseln; es steht in der reinen Willkür des Berechtigten, wie er den Schlüssel verwenden will.[5]) Ebenso kann auch durch Veränderungen am Schloss oder durch sonstige Handlungen einem Schlüssel diese Eigenschaft entzogen werden. Dies kann der Berechtigte auch für bereits früher vorhandene richtige Schlüssel tun, ohne dass er überhaupt von deren Existenz ausdrücklich Kenntnis erhalten hatte. Es genügt der Wille, alle anderen Schlüssel mit Ausnahme des einen zu falschen zu machen.[6]) Falsch ist also der Schlüssel, dem vom Verfügungsberechtigten seine Bestimmung der ordnungsgemässen Eröffnung dieser Räume zu dienen, entzogen ist. Auch der Schlüssel ist falsch, welcher von dem zur regelmässigen Eröffnung Berechtigten dazu nicht dauernd bestimmt ist, mag er auch ursprünglich zu diesem Zwecke angefertigt sein oder mögen unzählige gleiche Schlösser für gleiche Schlüssel existieren.[7])

[1]) Eckstein S. 306.

[2]) E. 4/415, 39/438, 53/101, L.Z. 1921/692, Frank S. 508, Lpz.K. S. 777, Liβt-Schmidt S. 623, Binding S. 300.

[3]) E. 4/415, D.Str.Z. 1919/263, Liβt-Schmidt S. 623, Oppenhoff S. 593.

[4]) Lpz.K. S. 777.

[5]) E. 52/84, L.Z. 1921/692, Binding S. 300.

[6]) E. 4/415, Olshausen S. 1166, Binding S. 300, a. A. Merkel HH. S. 679.

[7]) Hälschner S. 423, Binding S. 300.

Zur Entziehung dieser Eigenschaft bedarf es einer Willensäusserung des Verfügungsberechtigten. Diese braucht jedoch nicht ausdrücklich zu geschehen, sondern kann auch in einer schlüssigen Handlung bestehen; nur muss sie so unzweideutig sein, dass an ihrer Ernstlichkeit und Beständigkeit nicht gezweifelt werden kann.[1]) Eine solche schlüssige Handlung ist z. B. ständige Ingebrauchnahme eines anderen Schlüssels oder Aufgeben der Suche nach einem verlorenen. Jedoch liegt in einer bloss vorübergehenden aushilfsweisen Benützung noch keine Entziehung der Ordnungsmässigkeit des früheren. Der verwendete Schlüssel wird nur zum ordnungsmässigen für die Dauer dieser Bestimmung; ein Nichtberechtigter kann eine solche Verfügung nicht treffen, selbst wenn dies nicht widerrechtlich ist.[2])

Aus diesem Grunde wird auch ein gestohlener Schlüssel allein auf Grund der Tatsache des Diebstahls noch nicht zu einem falschen.[3]) Dabei hat es in keiner Weise darauf anzukommen, was sich etwa der Dieb sagen musste oder ob der Berechtigte mit dem Diebstahl einverstanden war, sondern massgebend ist hier nur, ob tatsächlich dem Schlüssel seine Eigenschaft als ordnungsgemässes Zugangsmittel entzogen wurde. Der Missbrauch allein kann dem Schlüssel seine Eigenschaft als ordnungsgemässes Eröffnungsmittel nicht entziehen. Es genügt wohl für den Vorsatz des Täters, wenn er mit der Möglichkeit gerechnet hat, dem Schlüssel werde seine Bestimmung entzogen werden; tatsächlich muss doch dieses Erfordernis immer positiv vorliegen. Solange dies nicht der Fall ist, ist der Schlüssel ein richtiger. Es ist deshalb unrichtig, jeden gestohlenen Schlüssel eo ipso als einen falschen zu erklären[4]) und ebenso aber auch erst dann den Diebstahl für einen qualifizierten zu halten, wenn das Schloss geändert worden ist.[5]) Nachdem es nur auf die Bestimmung des Schlüssels als ordnungsmässigen ankommt, ist es gleichgültig, ob der Berechtigte mit dem Zutritt von Personen

[1]) E. 4/415, 52/84, LZ. 1921/692, Gerland S. 456.

[2]) E. 6/157, 52/86, G. 59/455, OLG. München 25/127, Olshausen S. 1166, Lpz.K. S. 777, Harburger S. 256.

[3]) E. 52/84, LZ. 1921/692, Merkel HH. S. 679.

[4]) a. A. Eckstein S. 307 ff.

[5]) Olshausen S. 1166, Frank S. 508, a. A. Hälschner S. 323, Wächter S. 422.

rechnen musste oder nicht. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Dieb die Absicht gehabt hat, den Schlüssel als ordnungsgemässen zu benutzen, da nur der Wille des Berechtigten eine solche Verfügung treffen kann. Glaubt der Täter einen falschen zu benutzen, während er tatsächlich den richtigen verwendet, so liegt Wahnverbrechen vor.[1])

Ebenso wird der verloren gegangene Schlüssel erst durch Ingebrauchnahme eines anderen oder durch sonstige Willenskundgebungen zu einem falschen.[2]) Der Verlust allein, ganz ohne jede Willensäusserung des Berechtigten kann diese Wirkungen nicht haben, eine Entziehung der Bestimmung als Oeffnungsmittel muss mindestens in Form einer schlüssigen Handlung stattfinden. Solange der Berechtigte nicht irgendeine solche Handlung, die ja in jeder Form möglich ist, vornimmt, bietet das Schloss gegenüber dem Inhaber dieses Schlüssels zurzeit keinen besonderen Schutz. Auch der Berechtigte, der den Schlüssel bewusst ungeschützt zurücklässt, hebt dem Finder gegenüber die schützenden Eigenschaften des Verschlusses auf. Mit dem Verlust des Schlüssels hat der Berechtigte keineswegs, wie Eckstein[3]) annimmt, ein Stück seiner Besitzherrschaft verloren, steht es doch in seinem freien Belieben, diesen verlorenen Schlüssel vom Zugang zu den betreffenden Schlössern auszuschliessen. Massgebend dafür, ob ein Schlüssel falsch ist, ist nicht die ursprüngliche Bestimmung, sondern der Zustand im Zeitpunkt der Ausführung der Tat.[4]) Hat der Berechtigte zu dieser Zeit dem Schlüssel seine Eigenschaft als ordnungsgemässes Zugangsmittel entzogen, so qualifiziert sich die strafbare Handlung.

In gleicher Weise beurteilt sich die Frage, ob der arglistig erschlichene Schlüssel, sei es vom Berechtigten selbst, sei es von einem Dritten, falsch ist. Allein die Tatsache der rechtswidrigen Verschaffung verleiht ihm diese Eigenschaft nicht.[5]) Doch ist der Berechtigte keineswegs gezwungen, dem in arglistiger Weise zu Werke gehenden Dieb einen Anteil an der Sachherrschaft zu

[1]) LZ. 1921/692, Schwartz S. 543, a. A. Hälschner S. 323.
[2]) E. 5/19, R. 10/342, G. 59/455, Olshausen 1166, Frank S. 508.
[3]) S. 307.
[4]) E. 4/415, 11/437, 52/84, OLG. München 25/126, Olshausen S. 1165.
[5]) Allfeld S. 451 Anm. 33, a. A. Eckstein S. 308.

gewähren, da es doch im wesentlichen von seinem Willen abhängt, ob er den Schlüssel durch Entzug seiner Ordnungsmässigkeit von den Eröffnungsmitteln ausschliesst. Auf die rein tatsächliche Eigenschaft als Eröffnungswerkzeug dienlich zu sein, kann es ja gar nicht ankommen; massgeblich ist nur der rein subjektive Gesichtspunkt, ob dazu eine Bestimmung seitens des Berechtigten vorliegt. Zu einem Schloss können auch mehrere richtige Schlüssel vorhanden sein.[1]) Durch den ständigen Gebrauch des einen Schlüssels wird der andere nicht falsch. Meist wird jedoch der Duplikatschlüssel erst durch die ersatzweise Gebrauchnahme bei Verlust des andern Schlüssels zum richtigen. Es wird hier darauf auzukommen haben, zu welchem Zweck der Reserveschlüssel ursprünglich bestimmt war. Er kann von vornherein zur ständigen evtl. Mitbenutzung gedacht sein und ist dann immer der richtige Schlüssel. Der weiter oben erwähnte Fall tritt ein, wenn er nur bei der Notwendigkeit der Ingebrauchnahme ordnungsmässig sein soll.[2])

Häufig wird die Bestimmung als ordnungsmässiges Zugangsmittel auf eine gewisse Frist begrenzt, etwa auf den Ablauf eines Miet- oder Dienstvertrags. Mit Beendigung dieses Rechtsverhältnisses hört sodann die Bestimmung als ordnungsmässiges Eröffnungswerkzeug auf, der Schlüssel wird zu einem falschen.[3]) Die Ueberlassung eines solchen Schlüssels stellt immer eine Vertrauenskundgebung dar, da der Dritte einen Anteil an der Sachherrschaft des Berechtigten erhält. Infolge der Beendigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses wird auch dieses Vertrauensverhältnis wieder aufgehoben, der Schlüssel wird unrichtig und der unberechtigte Inhaber gehört nicht mehr zu den Personen, denen der Zugang geöffnet ist. Es ist genau so, als ob der Schlüssel, der sich in seinen Händen befindet, nur rein zufällig auf das Schloss passt.[4])

Der Schlüssel, den sich der Vermieter zurückbehält, ist stets dann ein falscher, wenn der Mieter davon keine Kenntnis hat. Durch die Vermietung wird ein Teil der Verfügungsgewalt an

---

[1]) Lpz.K. S. 777.
[2]) Olshausen S. 1167, Ebermayer L.Z. 1922/252.
[3]) E. 40/80.
[4]) Ebermayer in L.Z. 1922/252, Eckstein S. 309.

den Mieter übertragen, wodurch alle anderen Personen vom Zugangsrecht zu den betreffenden Räumen ausgeschlossen sind.[1]) Der Vermieter hat nicht etwa noch ein teilweises Verfügungsrecht über diese Räume. Der Schlüssel verliert ohne weiteres seine Eigenschaft als ordnungsgemässes Zugangsmittel, ohne dass es hier einer besonderen Willenserklärung bedürfte, da nur der Schlüssel der richtige ist, den der Berechtigte, in diesem Fall der Mieter, zur Eröffnung bestimmt hat. Anders liegt die Sache, wenn der Mieter von der Zurückbehaltung des Schlüssels Kenntnis hat. Hier kann unter Umständen nach der Sachlage eine Einwilligung vorliegen,[2]) Wahrscheinlich ist dies bei einem sogenannten Haupt- oder Generalschlüssel, der für alle Schlösser bestimmt ist. Er ist von vornherein ein richtiger Schlüssel, der zur ordnungsgemässen Eröffnung gehört. Wenn auch der Vermieter im allgemeinen nicht mehr zum Betreten des vermieteten Raumes berechtigt ist, so kann man, wenn nicht besondere Festsetzungen getroffen sind, nicht ohne weiteres sagen, dass der Hauptschlüssel seine Eigenschaft als ordnungsgemässes Zugangsmittel zu den Räumen des Mieters verloren hat.[3]) Der Hauptschlüssel braucht durchaus nicht in täglicher Verwendung zu stehen, sondern ist für jeden ausserordentlichen Fall, in dem er zur Anwendung kommt, ordnungsmässiges Eröffnungsmittel. Jedoch muss er an sich zu diesem Zwecke bestimmt worden sein; ein nur zufällig passender Schlüssel kann nicht nachträglich zum Hauptschlüssel gemacht werden.[4])

2. Das Werkzeug.

Häufig werden zur Eröffnung irgendwelcher Verschlüsse vom Berechtigten an Stelle von Schlüsseln Eröffnungsmittel anderer Art verwendet. Dieser Tatsache trägt das Gesetz Rechnung, indem es, wie schon § 224 Pr.StGB., den falschen Schlüsseln andere Werkzeuge gleichstellt. Schon die Motive[5]) führen aus:

[1]) E. 11/437, 53/102, G. 64/550, Rüdorff-Stenglein S. 559, Oppenhoff S. 593, Olshausen S. 1166.

[2]) E. 11/438.

[3]) G. 39/57, Oppenhoff S. 593.

[4]) G. 64/550, Olshausen S. 1167.

[5]) S. 121.

„dass andere Werkzeuge als gerade Schlüssel häufig zur Oeffnung vom Eigentümer verwendet (und auch zur Eröffnung bestimmt) werden, lehrt die Erfahrung, und ein solches Werkzeug vertritt die Stelle des in anderen Verhältnissen gebräuchlichen Schlüssels und kann daher ebensowenig wie der richtige Schlüssel in anderen Fällen als ein Diebesinstrument, durch dessen Anwendung der Diebstahl als ein schwerer sich darstellt, angesehen werden."

Ein Verschluss wird hier normalerweise eröffnet, jedoch durch ein nicht normales Mittel, indem irgendein Werkzeug wie ein Schlüssel angewandt wird. Nicht die Anwendung eines bestimmten typischen Werkzeuges ist hier also das Merkmal des schweren Diebstahls, sondern der massgebende Gesichtspunkt ist die Art der Anwendung; es muss zur Eröffnung wie ein Schlüssel benützt werden.[1]) Naturgemäss muss die Eröffnung immer durch Einwirkung auf das Schliesswerk eines Schlosses oder einer schlossähnlichen Vorrichtung vor sich gehen.[2]) Auch hier muss der eigentümliche Mechanismus der Schliessvorrichtung in Bewegung gesetzt werden. Das anstelle eines Schlüssels angewandte Werkzeug muss geeignet sein, in dieser Weise zu wirken und den Verschluss aufzuheben.[3]) Handelt es sich um eine Eröffnung unter Umgehung des Schliessmechanismus mittels Gewaltanwendung, so liegt ein Verbrechen nach § 342 Nr. 2 vor; die Werkzeuge des § 342 Nr. 3 stehen dazu in direktem Gegensatz, sie sollen den Zugang zu der versperrten Sache verschaffen, ohne dass eine Schädigung der Umschliessung eintritt.[4])

Zum ordnungsmässigen Gebrauch dürfen die angewandten Werkzeuge nicht bestimmt sein; ebensowenig wie der richtige Schlüssel können sie in diesem Fall einen Diebstahl bewirken. Die Bestimmung zum Gebrauch trifft der jeweilige Verfügungsberechtigte. Wer verfügungsberechtigt ist, sowie unter welchen Umständen die Ordnungmässigkeit verloren geht, bestimmt sich in gleicher Weise wie beim falschen Schlüssel. Auch hier genügt

---

[1]) E. 29/388, Hälschner S. 324, Frank S. 509, Lpz.K. S. 778, Olshausen S. 1165.

[2]) E. 13/202, 29/288, 52/322, 53/277, Recht 1903 Nr. 149, 1909 Nr. 2863.

[3]) Liβt S. 623.

[4]) Lpz.K. S. 778, Schwartz S. 543.

eine nur vorübergehende Ingebrauchnahme zur Begründung dieser Eigenschaft nicht; ebenso liegt es im freien Belieben des Berechtigten das Werkzeug jederzeit seiner Bestimmung als ordnungsgemässes Zugangsmittel zu entkleiden. Dass das Werkzeug dienlich ist, den Verschluss zu eröffnen, macht es noch nicht zu einem richtigen Eröffnungsmittel.[1])

Vielmehr gehört zu jedem Verschluss ein individueller Gegenstand, der vom Berechtigten dazu bestimmt ist, zur Eröffnung gerade dieses Mechanismus zu dienen. Es darf nur nicht jedes beliebige der Grösse nach passende Werkzeug, das gerade zufällig zur Hand ist, zur ordnungsgemässen Eröffnung verwendet werden. Massgebend ist immer nur, dass für einen Schliessmechanismus ein eigenartig gestaltetes Werkzeug bestimmt ist.[2]) Kann jede beliebige Zange oder jeder Schraubenschlüssel den Verschluss eröffnen, so ist ein spezielles Werkzeug überhaupt nicht vorhanden. Vom Reichsgericht[3]) ist ein Vierkantschlüssel, der für einen bestimmten Verschluss erforderlich und bestimmt war und nur auf die Abmessungen dieses Verschlusses passte, als ein solches Werkzeug erachtet worden; gleichfalls ein besonderer Haken, der vom Berechtigten anstelle eines Schlüssels verwendet wurde. Nicht erforderlich ist die Benutzung eines Werkzeugs, das nur zu einem Angriff durch das Schlüsselloch verwendet werden kann. Der Mechanismus braucht ja nicht auf gleiche Weise wie durch einen Schlüssel in Bewegung gesetzt zu werden; es genügt irgendeine Auslösung des Verschlusses, auch z. B. durch den Druck eines Stäbchens, das auf den Schlossriegel selbst wirkt.[4])

Die Eröffnung eines Automaten durch Einwerfen irgendeines Metallstückes bildet, ganz abgesehen von der Frage der Eröffnung, schon um deswillen keinen schweren Diebstahl, weil hier der eigentliche Senkmechanismus nie mittels eines Werkzeugs eröffnet wird. Es würde den Anschauungen des täglichen Lebens widersprechen, wollte man einen Bleiknopf als ein fal-

[1]) G. 49/128.
[2]) G. 50/105, Frank S. 509.
[3]) E. 47/326, 3/360.
[4]) E. 27/285, Seuff.Bl. 75/175, Binding S. 300, Gerland S. 456, a. A. Schwartz S. 543, Rüdorff-Stenglein S. 559.

sches Werkzeug betrachten, während jeder Inhaber einer bestimmten Geldmünze berechtigt sein soll, den Automaten zu benützen, da diese Münze ein ordnungsgemässes Werkzeug darstellen soll.[1]) Nachdem nur dann eine Qualifikation vorliegen kann, wenn es sich um einen Verschluss handelt, der mit einem individuellen Werkzeug eröffnet wird, kann hier schon deshalb kein Diebstahl mittels Nachschlüssels angenommen werden; irgendein Geldstück einer bestimmten Münzsorte kann eben diese Bedingungen nicht erfüllen. Es ist deshalb widersinnig, wenn Ertel[2]) zwar einerseits die Anwendung falscher Schlüssel verneint, andererseits aber die vorher abgelehnten Argumente für den gleichartigen Begriff des Werkzeugs anwendet.

Nach dem RG.[3]) kommt als Werkzeug nur der Gegenstand in Frage, der den Mechanismus in Bewegung setzt und die Eröffnung herbeiführt. Dabei ist es gleichgültig, wenn das Werkzeug sich in der Regel oder nur infolge besonderer Umstände, durch seine Gestaltung oder in Zusammenhang mit anderen an sich nicht qualifizierend wirkenden Mitteln als tauglich erweist. Es hat eben dann jedes der beiden Hilfsmittel der Eröffnung gedient, besonders wenn die Wirkung nur durch Vereinigung beider möglich ist; hierbei nimmt das RG. nach den Grundsätzen über Ursache und Wirkung an, dass im allgemeinen beide Werkzeuge zur Eröffnung mitwirken. Im obigen Falle steckte der Schlüssel im Schloss, wobei nur die Schlüsselspitze aus dem Schlüsselloch nach aussen ragte. Mit einer Zange als Werkzeug war sodann der Schlüssel umgedreht und das Schloss eröffnet worden. Es ist unrichtig, wenn hier Binding[4]) einen schweren Diebstahl verneint und diesen Fall mit der Umdrehung eines schwer gehenden Schlüssels unter Zuhilfenahme eines anderen zur Verstärkung der Hebelwirkung vergleicht. Tatsächlich war doch der Schlüssel dem Zugriff des Täters entzogen. Das ordnungsgemässe Zugangsmittel konnte also gar nicht benutzt werden; es war nicht etwa bloss Verstärkung der Kraft der Hand, sondern ein nicht ordnungsgemässes Werkzeug wurde ange-

[1]) E. 34/46, Lpz.K. S. 778, Frank S. 509.
[2]) S. 39.
[3]) E. 29/388.
[4]) S. 301 Anm. 3.

wendet. Die Zange in dieser Eigenschaft bildete wesentlich das Zugangsmittel für den Täter, ihre Benützung war eine Ursache für die Wirkung.[1]) In dem von Binding angeführten Beispiel ist der Schlüssel vollkommen zugänglich, der Täter verstärkt nur die Hebelwirkung seiner Hand durch ein wetieres Werkzeug.

b) Die Angriffstätigkeit und die Angriffsobjekte.

Das Mittel, das den Zutritt zum Diebstahlsgegenstand verschafft, ist hier das Eröffnen mit falschen Schlüsseln oder sonstigen Werkzeugen. Es steht an gleicher Stelle wie das Einbrechen oder Einsteigen in § 243 Nr. 2. Während im letzteren Falle immer Gewalt angewendet wird, die die Umschliessung ganz oder teilweise vernichtet, oder doch wenigstens ihren Zusammenhang aufhebt, wird hier der Verschluss in seiner normalen Funktion verwendet. Es soll sein Mechanismus ausgelöst werden, jedoch durch Anwendung eines nicht normalen Zugangsmittels, nämlich eines zum ordnungsgemässen Gebrauch nicht bestimmten Schlüssels oder Werkzeugs.

Dem Schutze dieses Tatbestands unterliegen die gleichen Räumlichkeiten wie in § 243 Nr. 2, jedoch werden unter den im Innern zu eröffnenden Verschlussmitteln noch die Türen erwähnt. Das RG.[2]) und die h. Meinung[3]) führen dies auf ein redaktionelles Versehen zurück, da von ihnen Innenräume als Behältnisse aufgefasst werden. Dies ist jedoch nicht der Fall, vielmehr soll gerade dadurch auch die rechtswidrige Erzwingung des Zugangs im Inneren gefasst werden. Keinen Gegengrund bildet die vom RG.[4]) erwähnte Möglichkeit, dass Eindringen im Innern eines Gebäudes durch Oeffnen eines Fensters mittels Nachschlüssel dann straflos bleiben würde; hier wird in der Regel Diebstahl mittels Einsteigen vorliegen. Der Täter braucht das Gebäude nicht betreten zu haben. es genügt bereits, dass er die qualifizierende Handlung vornimmt.

Anders wie in § 243 Nr. 2 kommt es hier nicht auf die

[1]) Olshausen S. 1165, Schwartz S. 543, a. A. Lpz.K. S. 778, Binding S. 301.

[2]) E. 37/353.

[3]) Olshausen S. 1164, Lpz.K. S. 777.

[4]) E. 37/354.

örtliche Situation des entwendeten Gegenstandes an, sondern nur auf die Art und Weise, wie der Zutritt erlangt wird. Das Tatbestandsmerkmal des Diebstahls „aus" einem Gebäude etc. fällt hier deshalb weg. Eine Handlung unterliegt also auch der qualifizierenden Strafdrohung, wenn sich der Gegenstand selbst ausserhalb dieses Gebäudes befunden hat, es muss nur der Zutritt durch vorherige Eröffnung einer geschützten Oertlichkeit in qualifizierender Weise erreicht worden sein.[1])

Zur Verschaffung des besonderen Besitzschutzes gegen die Eröffnung mittels falscher Schlüssel ist es notwendig, dass überhaupt ein Verschluss vorliegt. Doch muss das Gebäude zur Zeit des Diebstahls nicht allseits verschlossen sein, wenn nur der Täter bei seinem Vorgehen einen richtigen Verschluss vor sich hat.[2]) Als solcher kann dienen ein Schloss oder ein schlossähnlicher Mechanismus; wie dieser im einzelnen beschaffen sein muss, wird vom Gesetz nicht weiter ausgeführt. Jedenfalls kann man nur dann von einem tatsächlich gegenüber Einwirkungen von aussen eine Schutzsphäre schaffenden Verschlussmittel sprechen, wenn sein Mechanismus nicht von jedermann ausgelöst werden kann. Es muss vielmehr zur Eröffnung gerade dieses Schlosses ein individueller Schlüssel oder ein besonderes Werkzeug bestimmt sein. Wird ordnungsgemäss mit irgendeiner Zange oder mit jedem beliebigen Schraubenschlüssel geöffnet, so mangelt es an einem der wesentlichsten Erfordernisse eines Verschlusses, da ja der Berechtigte nicht die ausschliessliche Herrschaft besitzt, sondern jedermann mit einem beliebigen Instrument ordnungsgemäss eröffnen kann.[3]) Besonders wichtig ist dies für Verschlüsse von Rohrleitungen, bei denen häufig irgendeine solche Bestimmung nicht getroffen ist. Hier kommt es nicht darauf an, mit welchen Instrumenten Rohre solcher Art eröffnet zu werden pflegen, sondern ob für einen speziellen Verschluss ein spezielles Oeffnungsinstrument bestimmt ist.[4]) Verschlüsse, die nicht einen individuellen Eröffnungsgegenstand erfordern,

---

[1]) E. 40/153, Frank S. 508, Olshausen S. 1164, Lpz.K. S. 778, a. A. Schwartz S. 543, Hälschner S. 323.

[2]) E. 27/285, 29/388, G. 49/128, Frank S. 508.

[3]) E. 13/202, 27/286, 47/326, G. 50/105, Frank S. 509.

[4]) G. 50/105.

können auch nicht mittels ordnungswidriger Instrumente in qualifizierender Weise eröffnet werden. Noch viel weniger ist dies möglich für solche, die überhaupt nicht mit Hilfsmitteln, sondern einfach mit der Hand in Bewegung gesetzt werden, wie z. B. Riegeln.[1]) Darauf, ob ein solcher Riegelverschluss im Einzelfall imstande ist, einen wirksamen Schutz zu gewähren, kann es gar nicht ankommen. Der einschlägige Gesichtspunkt ist ja nicht das Mass des Schutzes, das der Verschluss im Einzelfall gewährt, sondern ob mit einem ordnungswidrigen Werkzeug geöffnet wurde. Es genügt ja auch ein mangelhafter Verschluss zur Anwendung des qualifizierten Tatbestandes, wenn er nur in entsprechender Weise eröffnet wird.[2]) Nur die auf besonders listige Weise erfolgte Eröffnung durch Anwendung eines anderen Instruments als des ordnungsmässigen begründet eine Qualifikation, nicht irgend eine Eröffnung eines Verschlusses, mag er auch sonst seine Zwecke noch so gut erfüllen. Schon in § 224 Pr. StGB. wurden ausdrücklich Werkzeuge, die zum Oeffnen und Schliessen brauchbar sind, verlangt. An diesem Aufbau des Tatbestandes sollte offensichtlich nichts geändert werden. Während es also immer die Bestimmung eines Schlosses ist, durch irgendwelche Instrumente eröffnet zu werden, pflegen ja gerade Riegel immer durch die Hand in Bewegung gesetzt zu werden. Nur dann kann bei einem solchen Riegelverschluss Diebstahl mittels Nachschlüssels begangen werden, wenn er irgendwie in Verbindung mit einem schlossartigen Mechanismus steht.[3])

Die Eröffnungstätigkeit besteht in dem Ingangsetzen des Verschlussmechanismus. Wie dies geschieht, ist vollkommen gleichgültig. Es ist deshalb nicht notwendig, dass hierbei das Schlüsselloch benützt wird; der Tatbestand verlangt ja nur, dass der Diebstahl durch Eröffnung eines Verschlusses mittels anormaler Mittel geschieht, die Auslösung von aussen her widerspricht diesem Prinzip nicht. Man kann deshalb bei Auslösung der Schliessvorrichtung durch Einwirkung auf den Schlossriegel selbst auf keinen Fall Erbrechen annehmen.[4]) Dagegen fällt nur

[1]) E. 13/200, Gerland S. 456.
[2]) a. A. Eckstein S. 304.
[3]) E. 13/205, R. 6/516, Binding S. 300.
[4]) E. 27/205, Seuff.Bl. 75/175, Binding S. 300, a. A. Rüdorff-Stenglein S. 559, Schwartz S. 543.

die Eröffnung auf diese Weise unter den qualifizierten Tatbestand. Es ist deshalb nicht angängig, einen Diebstahl, der etwa nicht unter § 243 Nr. 2 zu subsumieren ist, mit diesem Tatbestand erfassen zu wollen. So kann das Anbohren eines Fasses nicht als Nachschlüsseldiebstahl konstruiert werden.[1]) Auch der sogen. Automatendiebstahl ist keine qualifizierte Handlung.

Ein Automat stellt ein Behältnis dar; die zu verkaufenden Gegenstände werden mittels eines eigenartigen Mechanismus, der durch Einwurf eines Geldstückes ausgelöst wird, aus einer Oeffnung des Behältnisses herausbefördert.[2]) Das Behältnis pflegt fast immer besonders verschlossen zu sein. Die Eröffnung dieses Verschlusses mit einem nicht zum Gebrauch bestimmten Werkzeug stellt sich, sofern die übrigen Erfordernisse des Tatbestands vorliegen, als ein schwerer Diebstahl dar. Um in den Besitz des Inhaltes zu kommen, muss man nach dem Willen des Eigentümers keineswegs diesen Verschluss eröffnen. Zur Zugänglichmachung ist doch gerade der Mechanismus eingerichtet mit dem Zweck, dass jedermann unter bestimmten Voraussetzungen dem Automaten Waren entnehmen kann. Selbst wenn man dies noch als Eröffnen bezeichnen wollte, da ja durch den Mechanismus erst eine Sperrung aufgehoben werden muss, bis die Gegenstände herausfallen, so handelt es sich jedoch auf keinen Fall um eine Eröffnung im Sinne des Gesetzes. Es fehlte ja hier an dem wesentlichen Kriterium eines Verschlusses, nämlich dass nur ein in den Händen einer bestimmten Person befindlicher Schlüssel oder ein sonstiges Werkzeug ordnungsgemäss zur Eröffnung dient. Vielmehr vermittelt eine in jedermanns Besitz und in beliebig grosser Anzahl vorhandene Geldmünze die Auslösung des Schliessmechanismus. Um den besonderen Schutz des § 243 Nr. 3 zu begründen, muss jedoch ein Verschluss vorliegen, der ordnungsgemäss ausschliesslich durch ein eigenes individuelles Werkzeug eröffnet wird. Von einem schweren Delikt kann hier also keine Rede sein.[3])

---

[1]) Recht 1903 Nr. 149, 1909 Nr. 2863.

[2]) E. 34/46.

[3]) E. 34/45, Allfeld S. 450 Anm. 31, Harburger S. 256, Binding S. 300, Frank S. 509, Lpz.K. S. 778, Wachenfeld S. 379, Schwartz S. 543, a. A. Ertel S. 41.

Schon bei der Ausführung der Qualifikationshandlung muss der Dieb den Vorsatz zu stehlen gehabt haben. Eine Eröffnung aus einem anderen Grunde, z. B. aus Neugierde, genügt nicht zu einem schweren Diebstahl. Es müssen immer die qualifizierenden Eigenschaften der Diebstahlsmittel vom Vorsatz mit erfasst werden, der Täter muss wissen, dass er einen nach dem Willen des Eigentümers falschen Schlüssel benützt.[1]) Eine Qualifikation ist also nicht begründet, wenn der Vorsatz erst nach dem Eindringen gefasst wird. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Täter sein Ziel auch ohne diese Handlung hätte erreichen können. Massgebend ist nur, dass der Zugang durch Anwendung des Qualifikationsmittels erfolgt ist.[2])

Die Worte „dadurch bewirkt, dass" haben die gleiche Bedeutung wie die Präposition mittels in § 243 Nr. 2; es gelten deshalb die obigen Ausführungen auch hier.[3]) So braucht auch der erbrochene Verschluss nicht unmittelbar zu dem geschützten Gegenstande führen, sondern erst zu irgendwelchen ordnungsgemässen Schlüsseln, die den Zugang vermitteln.[4])

Nicht notwendig ist, dass diese Qualifikationshandlung vom Täter in eigener Person ausgeführt wird. Der Erschwerungsgrund liegt ja allein in der Eröffnung des Verschlusses auf ordnungswidrige, besonders listige Weise: von wessen Hand dies geschieht, ist gleichgültig; ob etwa nur ein Werkzeug verwendet wird oder noch ein gutgläubiger Dritter zur Eröffnung benutzt wird, qualifizierend ist allein der Erfolg.[5])

4. Kapitel.

Der Diebstahl nach § 243 Nr. 7.

In der letzten Nummer des § 243 wird der nächtliche Diebstahl unter Strafe gestellt. Es wird jedoch nicht jeder nächtliche Diebstahl gleich behandelt, sondern für die Auszeichnung müssen

[1]) E. 3/423, 3/440, R. 2/102, Hälschner S. 324, Lißt-Schmidt S. 623, Merkel HH. S. 679.

[2]) Olshausen S. 1167.

[3]) Frank S. 508.

[4]) E. 40/153, Allfeld S. 451 Anm. 35, Eckstein S. 298, Olshausen § 243 Nr. 35, Merkel HH. S. 679, Hälschner S. 324, a. A. Gerland S. 456.

[5]) E. 24/88, 53/181, Lpz.K. S. 770, Olshausen S. 1168.

besondere Voraussetzungen vorliegen. Rein örtlich muss es sich handeln um ein bewohntes Gebäude, den zugehörigen umschlossenen Raum und die wieder in diesem befindlichen Gebäude, ohne Rücksicht darauf, ob auch tatsächlich z. Zt. der Ausführung der Tat jemand im Gebäude anwesend war; gleichgestellt werden diesen Räumlichkeiten bewohnte Schiffe. Die Handlung muss bestanden haben in einem Einschleichen oder Sich-Verborgenhalten in diebischer Absicht.

Hier ist Auszeichnung nicht so sehr die besondere Hartnäckigkeit verbrecherischer Gesinnung, als die dringende Gefahr, in die die Bewohner geraten. Einmal ist die Möglichkeit eines Zusammenstosses sehr viel wahrscheinlicher als am Tage, dann können sich die Bestohlenen auch nicht so leicht Hilfe gegen den Verbrecher verschaffen. Häufig wird ja der nächtliche Diebstahl durch die Art seiner Ausführung schon unter irgend einen anderen Auszeichnungsgrund des § 243 fallen. Nur wenn dies nicht vorliegt, tritt aus dem Moment der Gefährlichkeit des Täters heraus die Nummer 7 in Anwendung.

a) Die besonders befriedete Zeit und die geschützten Oertlichkeiten.

Entsprechend der ratio legis muss hier die Tat ausgeführt werden zu einer Zeit besonderer Befriedung an einem Ort, der einen hervorragenden Schutz geniessen soll.

Das Gesetz verlangt deshalb Ausführung zur Nachtzeit. Dafür, welche Stunden unter diesen Begriff fallen, gibt der Tatbestand keine Andeutung. Es ist willkürlich, wenn der eindeutige Begriff Nachtzeit etwa in Anlehnung an früheres Recht gleichgesetzt wird mit Nachtruhe.[1]) Aus dem Gesetz ergibt sich direkt das Gegenteil, da es ja für die Qualifikation nichts ausmacht, wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Es kann somit nicht darauf ankommen, wann an der individuellen Wohnstätte Nachtruhe eintritt,[2]) oder wann in dem betreffenden Ort übliche Schlafenszeit ist;[3]) unrichtig ist

[1]) Merkel HH. S. 684, R. 2/667.

[2]) So Schwarze S. 174.

[3]) So Liszt-Schmidt S. 625, Allfeld S. 450, Schütze S. 439, Wachenfeld S. 379, Gerland S. 459.

es auch, das Ruhen des allgemeinen Verkehrs als massgebend zu erachten.[1]) Wie unhaltbar diese Auffassung ist, ergibt sich ja schon allein aus den Verhältnissen einer grösseren Stadt. Es wird hier sehr schwer sein, irgendeinen Zeitpunkt sowohl für das Ruhen des allgemeinen Verkehrs als auch für die Nachtruhe der Bewohner eines Hauses zu fixieren.

Die ratio legis besteht hier in der erhöhten Gefahr, der das Eigentum und die Hausbewohner durch den nächtlichen Angriff ausgesetzt sind. Die Dunkelheit erleichtert dem Täter den diebischen Angriff, sie erschwert die Entdeckung des Diebstahls; der Dieb wird in seiner Verteidigung ausserordentlich begünstigt, der Bestohlene dagegen in der Verfolgung behindert und noch sehr leicht tätlichen Angriffen ausgesetzt. Alle diese Momente sind aber bereits für die Zeit nach Einbruch der Dunkelheit zutreffend, irgendwelcher weiterer Voraussetzungen bedarf es nicht. Nachtzeit ist also die Zeit nach Sonnenuntergang vom Eintritt der Dunkelheit bis zur Morgendämmerung; eine ganz genaue minutenmässige Feststellung ist dabei nicht nötig.[2]) Diese Regelung entspricht auch den Anschauungen des täglichen Lebens, für das die Nachtzeit genau so wie die Tageszeit von lokalen Gewohnheiten unabhängig ist.

Weiter gehört zum Tatbestand ein besonders befriedeter Ort der Begehung. Es muss sein ein bewohntes Gebäude. Der Begriff Gebäude ist hier genau der gleiche wie in § 243 Nr. 2 u. 3, erforderlich ist jedoch noch, dass das Gebäude bewohnt ist. Die Wohnung hat im Gegensatz zu Geschäftsräumen die Bestimmung, zum dauernden Aufenthalt von Menschen zu dienen; für die Einteilung dieses Aufenthalts sind die Bewohner an bestimmte Zeiten nicht gebunden, sie können dies in beliebiger Weise tun. Vor allem gehört aber dazu, dass das Gebäude regelmässig zur Nachtruhe dient.[3]) Ein Gebäude, das nur während bestimmter Dienst- oder Geschäftsstunden tagsüber Menschen beherbergt, geniesst deshalb nicht den besonderen Schutz. Befindet sich nachts nie-

[1]) So Eckstein S. 325.

[2]) E. 3/209, R. 2/667, D.J.Z. 1921/456, R. 5/148, Olshausen S. 1180, Frank S. 511, Lpz.K. S. 782, Merkel HH. S. 684, Haager G.S. 1877/307, v. Buri, G.S. 1877 Beilageheft S. 43.

[3]) Merkel HH. S. 683, Hälschner S. 331, Liszt-Schmidt S. 625.

mand im Gebäude, so mangelt es an dem Grunde, um dessentwillen dieser Tatbestand ausgezeichnet wurde, nämlich der Gefährdung von Personen.[1]) Die Tatsache, dass das Gebäude irgend jemand zur Nachtruhe dient, genügt jedoch nicht. Schlägt z. B. ein Vagabund sein Nachtlager in einem an sich unbewohnten Gebäude auf, so erhält dieses dadurch noch nicht einen besonderen Schutz. Notwendig ist vielmehr, dass die Benutzung zu diesem Zwecke ordnungsgemäss ist, falls nicht der Verfügungsberechtigte selbst darinnen nächtigt, so muss dessen Genehmigung dazu vorliegen.[2]) Doch genügt es bereits, wenn wenigstens ein Mensch zurzeit der Tat rechtmässig seine nächtliche Ruhestelle in dem Gebäude hat.[3])

Die Ansicht des RG. zu diesem Begriff ist recht zwiespältig. Der IV. Strafsenat[4]) hält einen dauernden regelmässigen Aufenthalt für unnötig; es genügt bereits, wenn es einem Menschen einmal zum ordnungsmässigen Aufenthalt in der Nachtzeit gedient hat. In ihren Konsequenzen geht diese Auffassung zu weit. Es widerspricht den Anschauungen des Lebens, etwa eine Feldscheune oder eine Remise, die keineswegs zum Wohnen eingerichtet ist und einmal ausnahmsweise rechtmässig zum Uebernachten benutzt wurde, als ein bewohntes Gebäude zu charakterisieren. Der III. Strafsenat[5]) verlangt wieder, dass es dem Aufenthalt von Menschen ohne Beschränkung auf eine bestimmte Zeit, Tätigkeit oder Zweck dient. Diese Forderung geht in anderer Richtung zu weit. Eine Beschränkung auf eine gewisse Zeit ohne Bestimmung der Dauer ist sehr wohl möglich. Ein Gebäude, das nur zeitweise zum ständigen Aufenthalt dient wie eine Sommerwohnung, muss in dieser Zeit als bewohnt gelten. Dies ist auch bei einem zum Wohnen eingerichteten Gartenhaus der Fall, auch wenn dort selbst nur vorübergehende einzelne Nächte geschlafen wird; doch muss es wenigstens zum Wohnen eingerichtet sein.[6]) Der Willensentschluss für den Beginn und das

[1]) E. 54/268, G. 65/550, J.W. 1918/267, Lpz.K. S. 783.

[2]) Allfeld S. 450 Anm. 25, Hälschner S. 332, Lpz.K. S. 783, Olshausen S. 1179, v. Buri a. a O. S. 42.

[3]) Binding S. 302.

[4]) E. 54/268.

[5]) G. 65/550

[6]) Olshausen S. 1180.

Ende der Wohnperiode muss äusserlich erkennbar als Tatsache in Erscheinung treten.[1])

Schon noch dem Wortlaut des Gesetzes brauchen die Bewohner zur Zeit des Diebstahls nicht anwesend sein.

Ein Häuserblock gilt dann als ein bewohntes Gebäude, wenn er als einheitliches Bauwerk erscheint. Es kommt nicht darauf an, ob etwa die einzelnen Häuser besondere Hausnummern führen oder auf besonderen Grundbuchblättern stehen. Der massgebende Gesichtspunkt ist nur, ob die Häusergruppe tatsächlich eine Einheit bildet; dies wird man bejahen müssen, wenn im Innern durch den ganzen Block hindurch Durchgänge vorhanden sind, so dass die Sonderräume unter sich eine zusammenhängende Einheit bilden.[2]) Hier genügt es, wenn nur ein Teil bewohnt ist, ja sogar wenn sich nur eine Wohnung in dem Block befindet, um dem Ganzen die qualifizierende Eigenschaft des § 243 Nr. 7 zu geben.[3])

Gleichgestellt dem Gebäude ist der zu diesem gehörige umschlossene Raum. Dieser steht im Gegensatz zu den bewohnten Gebäuden, wie sich aus dem Gesetz ergibt, wonach der dazugehörige umschlossene Raum nebst den darin befindlichen Gebäuden wieder den bewohnten Gebäuden gegenübergestellt wird.[4]) Unhaltbar ist, wenn Eckstein[5]) hier einen besonderen Begriff für den umschlossenen Raum aufstellen will. Das Gesetz bietet auch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass hier der umschlossene Raum nur dann qualifizierend sein soll, wenn das Einschleichen der für die Durchdringung der Schutzphäre geeignete Weg ist und ein anderer für diesen Zweck den Umständen nach ausgeschlossen erscheint.[6]) Der Grund für die Qualifikation ist ja hier in erster Linie die Gefährlichkeit des Täters, der durch den nächtlichen Diebstahl und das vorhergehende Einschleichen nicht nur dem Eigentum, sondern den Bewohnern selbst gefährlich ist. Hiefür spielt es keine Rolle, ob etwa dem

---

[1]) E. 60/157.
[2]) E. 8/103, 35/121, 54/48.
[3]) E. 55 48, Lpz.K. S. 783.
[4]) E. 35/120.
[5]) S. 322.
[6]) Olshausen S. 1180.

Täter noch ein anderer Weg zum Zugang offen stand. Durch die qualifizierende Handlung zeigt er seine Gefährlichkeit; schon deshalb kann das Gesetz eine solche Abweichung nicht beabsichtigt haben.

Ferner werden noch gleichgeachtet Schiffe, die bewohnt sind; es gelten hierfür die gleichen Ausführungen wie bei den Gebäuden. Befinden sich mehrere Schiffe am gleichen Ankerplatz, so werden dadurch, dass eines von ihnen bewohnt ist, nicht auch die andern besonders geschützt. Es mangelt hier vor allem an der Einheitlichkeit, die z. B. bei einem Gebäudeblock vorhanden ist, da ja jedes Schiff notwendig eine Sonderexistenz führen muss.

Der Vorsatz des Täters muss die Tatsache, dass es sich um bewohnte Gebäude handelt, mindestens als dolus eventualis mit umfassen.[1]) Glaubt er, dass es sich um ein unbewohntes Gebäude handelt, so liegt gemäss § 59 StGB. keine Qualifikation vor, es entfällt damit ja auch das Moment der Gefährlichkeit.

b) Die Angriffsmittel.

In § 243 Nr. 7 ist nicht Qualifikationsgrund die Art und Weise, wie der Diebstahl ausgeführt wird, sondern eine Vorbereitungshandlung, die eine ganz besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart.[2]) Hierfür kommen zwei Tätigkeiten in Betracht: Einschleichen und Sichverbergen.

Eintreten ohne Wissen und Willen der Hausbewohner genügt für das Einschleichen allein nicht; auch nicht jedes heimliche Betreten bedeutet schon Einschleichen. Es gehört dazu vielmehr, dass beim Eintreten Geräusch vermieden wird und die ganze Aktion planmässig der Wahrnehmung Dritter entzogen wird, um eine etwaige Begegnung mit Hausbewohnern etc. zu vermeiden. Der Eintritt muss durch den ordnungsgemässen Eingang vor sich gehen, sonst wird ein besonderer Qualifikationsgrund vorliegen.[3]) Abpassen einer geeigneten Gelegenheit ist nicht erforderlich, ebensowenig sind besondere Vorkehrungen

[1]) Olshausen S. 1180.
[2]) E. 32/310.
[3]) Hälschner S. 332, a. A. Binding S. 301.

oder Beseitigung irgendwelcher Vorsichtsmassregeln notwendig.[1]) Auf jeden Fall muss das Eintreten geräuschlos vorgenommen werden, da etwas anderes dem Begriffe Einschleichen widerspricht. Wenn sich dieses in der Regel auch gegen besondere Sicherheitsvorkehrungen richtet, so ist doch Ueberwindung derartiger Massregeln zur Erfüllung des Tatbestandes nicht notwendig.[2]) Der Raum, in dem durch Einschleichen Zutritt erlangt wird, braucht nicht identisch zu sein mit dem Ort, an dem sich der gestohlene Gegenstand befindet.[3])

Das Gesetz verlangt nicht, dass der Täter sich vor Eintritt der Dunkelheit einschleicht. Aus der ganz allgemein gehaltenen Bestimmung kann ein solcher Schluss nicht gezogen werden. Der Zeitpunkt ist vielmehr gleichgültig; jedoch muss es naturgemäss eine Zeit sein, zu der das Gebäude auf dem ordnungsgemässen Wege ohne Einbruch, Einsteigen etc. zugänglich war.[4]) Das Einschleichen bei Nacht muss genau so sehr wiegen wie bei Tag, da die Zeit für die Betätigung der intensiven verbrecherischen Gesinnung durch Ueberwindung vorhandener Hindernisse gleichgültig ist.[5]) Unrichtig ist es, aus der Gesetzesformel „eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte" zu folgern, zwischen Einschleichen und Wegnahme muss irgend eine Zeitspanne liegen.[6]) Ein Blick auf den ähnlich aufgebauten Tatbestand des § 250 Nr. 4 StGB., in dem durch die Einschiebung einer Präsensform eine Beziehung des „hatte" auf eingeschlichen unmöglich erscheint, zeigt, dass der Gebrauch des Plusquamperfekts ohne jede Bedeutung ist. Aus den Motiven ergibt sich für die andere Auslegung nicht der geringste Anhaltspunkt. Es macht für die Gefährlichkeit des Täters auch nichts aus, ob das Haus nächtlicherweile zur Zeit der Wegnahmehandlung geschlossen wird oder nicht. Es handelt sich ja nicht dar-

[1]) E. 5/400, 10/284, 55/170, R. 5/573, 7/302, Schwartz S. 547, Binding S. 301, Olshausen S. 1181, Allfeld S. 450, Lißt-Schmidt S. 625, Haager a. a O. S. 369.

[2]) E. 5/400, 10/280.

[3]) Frank S. 512.

[4]) Hälschner S. 332.

[5]) E. 2/223, 4/129, Olshausen S. 1181, Lißt S. 453, v. Buri, a. a. O. S. 43, a. A. Schütze S. 439, Schwarze S. 178.

[6]) So Harburger S. 259, Merkel HH. S. 634.

um, dass irgend ein besonderer Verschluss durchbrochen wird, sondern dass durch das nächtliche planmässige heimliche Eindringen für die Bewohner eine besondere Gefahr entsteht. Deshalb ist nicht einzusehen, wieso der nachts eindringende Dieb, der in einer Handlung gleich die Wegnahme dem Einschleichen nachfolgen lässt, eine mildere Beurteilung erfahren soll, wiewohl er vielleicht wegen grösserer Ortskenntnis der gefährlichere ist.[1])

Dem Einschleichen wird das Verbergen gleichgestellt; diese Handlung hat mit einer heimlichen Tätigkeit nichts zu tun. Der Dieb beschränkt sich darauf, zu verhindern, dass andere von seinem fortdauernden Aufenthalt Kenntnis erlangen. Er versteckt sich an einem Ort, der ihn vor dem Gesehenwerden schützt und an dem man seine Anwesenheit nicht erwartet.[2]) Aus dem Begriffe des Verbergens im Sinne von Verstecken ergibt sich weiter, dass zumindesten immer ein Aufenthalt vor der Ausführung der Diebstahlshandlung vorliegen muss.[3]) Voraussetzung für das Verbergen ist, dass der Täter offen, rechtmässigerweise, ohne jede Heimlichkeit das Gebäude betreten hat.[4])

Keinen Einfluss auf die Qualifikation hat es, wenn dem Täter etwa ein Recht zum Betreten des Gebäudes zusteht. Durch einen berechtigten Zweck wird die Qualifikation nicht ausgeschlossen, wenn die diebische Absicht bereits vorher bestand.[5]) Bestritten ist die Frage, ob ein Mitbewohner den Tatbestand des § 243 Nr. 7 bilden kann. Die Rechtsprechung des RG. schwankt. In dem im Recht 1903 Nr. 1370 abgedruckten Urteil wird festgestellt, dass Diebstahl mittels Einschleichen auch von einem Mitbewohner verübt werden kann. Das Urteil E. 59/144 verneint die Möglichkeit des Einschleichens innerhalb des Gebäudes in einen Raum desselben, während E. 32/310 ausdrücklich das Erfordernis aufstellt, der Täter darf nicht in das Gebäude hineingehören. Allgemeine Ansicht ist, dass der Mitbewohner sich im Innern des Hauses verbergen kann. Es ist sehr wohl möglich,

[1]) E. 2 223, 4 128, Allfeld S. 450, Lißt-Schmidt S. 625, Lpz.K. S. 783, Hälschner S. 333, Haager a. a. O. S. 377, v. Buri a. a. O. S. 43, Gerland S. 459.

[2]) E. 32/310.

[3]) E. 2/224, Lpz.K. S. 783.

[4]) Olshausen S. 1181, Lpz.K. S. 783, Hälschner S. 333.

[5]) E. 8,412, Olshausen S. 1182, Binding S. 301, a. A. Eckstein S 324.

dass ein Hausbewohner, der an irgend einem Orte, an dem ihm der Aufenthalt nicht zusteht, sich verbirgt, um sich einer Begegnung mit anderen Hausbewohnern und damit dem Gesehenwerden zu entziehen.[1]) Aus dem Begriffe des Einschleichens jedoch ergibt sich schon, dass es sich hier um ein fremdes Haus handeln muss. In dem Haus, in dem man selbst wohnt, hat man immer den ordnungsgemässen Zutritt. Die anderen Hausbewohner haben keinerlei Recht zu wissen, ob ein Mitbewohner sich im Hause aufhält oder nicht. Heimliches Eintreten allein ist ja noch kein Einschleichen. Sollte er etwa dabei gesehen werden, so fehlen ja gerade die vermutlichen Konsequenzen des Einschleichens; die Hausbewohner können weder einen besonderen Schrecken empfinden, einen Mitbewohner hier zu erblicken, noch wird es zu einer Gefährdung der Person der übrigen Bewohner kommen, noch besteht auch eine leichtere Verdunkelungsmöglichkeit für den Täter. Das Einschleichen in einen Raum innerhalb des Gebäudes geschieht ja eben durch Verbergen in einem Zimmer; daran ändert sich auch nichts, wenn der Bewohner sich zunächst zum Schein entfernt hat, um dann heimlich zurückzukehren. Der Bewohner eines Hauses schleicht eben nicht ein; wie und wann er sein Haus betritt, steht in seinem Belieben.[2]) Der einzige Hausbewohner kann einen solchen Diebstahl nicht verüben, da er gegen sich selbst die Qualifikation nicht erfüllen kann; entwendet er aus anderen Personen zustehenden, jedoch unbewohnten Räumen, so liegt einfacher Diebstahl vor. Der Begriff Mitbewohner ist eng zu interpretieren. Nur wer in dem Gebäude selbst, in das eingeschlichen wird, wohnt, ist Mitbewohner. Wohnen in einem Nebengebäude, selbst wenn sich dieses innerhalb des gleichen umschlossenen Raumes befindet, genügt dazu nicht. Der Bewohner eines solchen Nebengebäudes kann also einschleichen.[3])

Ebenso wie beim Einsteigen muss der Qualifikationsgrund vom Täter selbst verwirklicht werden. Die Ausführung durch

---

[1]) E. 32/310.

[2]) Frank S. 512, Harburger S. 259, Gerland S. 459, Allfeld S. 450, Schwarze S. 182, a. A. Binding S. 301, Schwartz S. 547, Lpz.K. S. 783, Olshausen S. 1182, v. Buri a. a. O. S. 43.

[3]) E. 55/171.

einen Teilnehmer genügt nicht. Bei Mittäterschaft ist jedoch nicht notwendig, dass alle Mittäter auf diese Weise eindringen; es genügt hier, wenn das Einschleichen eines von ihnen den übrigen bekannt und von ihnen gewollt ist.[1])

Das Tatbestandsmerkmal „diebische Absicht" ist nicht identisch mit rechtswidriger Zueignung; es bezeichnet einfach den Diebstahlsvorsatz. Nicht erforderlich ist, dass planmässig die Nachtzeit ausgewählt wird. Auch bedarf es keiner besonderen Ueberlegung, es genügt die einfache diebische Absicht. Die Gefährlichkeit des Täters ist bereits bei jedem nächtlichen Diebstahl gegeben. Im übrigen weist der Vorsatz keinerlei Besonderheiten auf.[2])

[1]) E. 54/248, Olshausen S. 1181.
[2]) R. 5/582.

II. Teil.

Die Entwürfe.

1. Kapitel.

Der Vorentwurf.

Die Kasuistik des geltenden Rechts mit ihrer engen Begrenzung hat die verschiedensten Reformvorschläge hervorgerufen. Teilweise wurden im einzelnen Verbesserungsvorschläge gemacht, teilweise wurde jedoch ganz radikal Aufgabe des Delikts „ausgezeichneter Diebstahl" verlangt.[1]) Lediglich dem freien Ermessen des Richters soll es anheimgestellt werden, eine schwerere Strafe zu verhängen, wenn die Tat eine besondere Frechheit oder Gefährlichkeit des Täters verrät.

Der im Jahre 1909 auf Anordnung des Reichsjustizamts veröffentlichte Vorentwurf zu einem Reichsstrafgesetzbuch geht hier einen Mittelweg. Im Gegensatz zum geltenden Recht kennt er in seinem § 269, der den einfachen Diebstahl behandelt, noch einen besonders schweren Fall des einfachen Delikts, der mit Zuchthaus bestraft wird. Nähere Voraussetzungen für diesen Tatbestand werden nicht gegeben, die Beurteilung obliegt dem freien richterlichen Ermessen. Die historisch überkommenen Fälle des ausgezeichneten Diebstahls ganz fallen zu lassen und diesen in der geforderten Weise dem richterlichen Ermessen anheimzustellen, konnte man sich jedoch nicht mit Unrecht nicht entschliessen. So hat man denn wieder eine ganze Reihe von Tatbeständen als ausgezeichneten Diebstahl unter schwerere Strafe gestellt.[2])

Die hier interessierenden Bestimmungen finden sich in § 270 Nr. 4 und Nr. 5. Mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren, bei mildern-

[1]) Harburger S. 369.

[2]) Begr. S. 737, Mittermaier a. a. O. S. 256, a. A. Unger, Recht 1910/301.

den Umständen Gefängnisstrafe nicht unter 3 Monaten, wird bedroht, wer einen schweren Diebstahl begeht durch Einbruch, Einsteigen, Erbrechen von Behältnissen, Anwendung falscher Schlüssel oder sonst durch Ueberwindung erheblicher, die Sache gegen Wegnahme sichernden Hindernisse; ferner wenn der Diebstahl begangen ist . . . . zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude oder einer Wohnung, in die der Täter sich unberechtigt Eingang verschafft hat.

Während im geltenden Recht die Gründe der Auszeichnung häufig lediglich in der Art der Ausführung des Diebstahls liegen, beruht die Qualifikation im V.E. im wesentlichen auf der Gefährlichkeit des Täters. Erreicht der Dieb sein Ziel, obwohl ihn Hindernisse zum Aufwand erheblicher Mühe zwingen, so liegt hierin eine Kundgabe besonderen verbrecherischen Willens.

Der § 270 Nr. 4 fasst den Inhalt der §§ 243 Nr. 2 und Nr. 3 StGB. zusammen. Als wichtigste Aenderung gegenüber dem geltenden Recht erscheint hier eine Generalklausel, die Ueberwindung erheblicher, die Sache gegen Wegnahme sichernder Hindernisse.[1]) Die zur Ueberwindung dieser Hindernisse notwendigen Schwierigkeiten sind nicht durch ein absolutes Mass bestimmt. Es kommt hier auf die übliche Sicherung der Sache an, die besonders geschützt werden soll. So wird man den Verschluss einer Türe mittels Bindfaden kaum unter diesen Begriff einreihen können, anders wieder bei einem verschnürten Paket.[2]) Die Qualifikationshandlung braucht nicht immer in der Durchbrechung eines materiellen Schutzgürtels bestehen. Auch aus der Situation der gestohlenen Sache selbst kann sich das Hindernis ergeben, wenn sie besonders gut versteckt ist oder auch ein ausserordentliches Gewicht aufweist. Es muss sich jedoch in jedem Fall um Ueberwindung erheblicher Hindernisse handeln. Schon im Verhältnis zum Schutzobjekt muss immer eine grössere Anstrengung notwendig sein, wie sie an und für sich ohne besondere Werkzeuge nicht jedem zur Verfügung steht. Besondere anormale Massnahmen müssen getroffen werden, durch die das Hindernis überwunden wird. Diese Anstrengungen sind nicht nur solche körperlicher Art, es fallen darunter auch Handlungen,

[1]) Dagegen Köhler, Studien S. 18 ff.

[2]) Höpfner S. 64.

die mit besonderer Geschicklichkeit oder geistiger Kraft ausgeführt werden.[1]) Es kommt hier eben nur darauf an, dass der Dieb irgendwie seine besondere Geflissentlichkeit dokumentiert, ob seine Handlung eine solche zeigt, muss das richterliche Ermessen beurteilen.

Deshalb ist es anders wie im geltenden Recht gar nicht wesentlich, ob etwa das Hindernis ursprünglich zu dem Zwecke geschaffen wurde, eine Stätte besonders befriedeten Besitzes zu bilden. Ebenso kann die Qualifikationshandlung auch in jeder anderen Weise als Einbruch, Einsteigen oder Erbrechen von Behältnissen bestehen, so z. B. Durchschwimmen eines breiten und tiefen Wassergrabens oder auch Durchschneiden einer Wagenplane.[2]) Auch hier geht das Gesetz einen Mittelweg zwischen allzugrosser Ausdehnung des richterlichen Ermessens und allzu enger Kasuistik, indem neben der Generalklausel eine exemplifikatorische Aufzählung von Quallfikationsgründen vorgenommen wird. Die Beschränkung, dass der Diebstahl aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum vorgenommen werden muss, fällt vollkommen weg.[2]) Damit erfahren die ausgezeichneten Diebstähle im Gegensatz zum Reichsstrafgesetzbuch eine bedeutende Ausdehnung. Während jetzt nur der mit einem Gebäude oder umschlossenen Raum in Zusammenhang stehende Diebstahl eine Qualifikation erfährt, genügt nach dem V.E. jeder irgendwo verübte Einbruch, auch ein Schiff, ein Wagen können Objekt eines solchen sein. Das gleiche gilt auch für das Erbrechen von Behältnissen, deren örtliche Situation zur Zeit des Aufbrechens nicht mehr zu berücksichtigen ist. Auch wer ein Behältnis stiehlt und ausserhalb des Hauses erbricht, begeht schweren Diebstahl. Fraglich erscheint dies, wenn etwa das ganze Behältnis mitgenommen wird und erst sehr viel später die Eröffnung stattfindet. Der Entwurf[2]) nimmt hier in ausserordentlich extensiver Auslegung schweren Diebstahl an. Häufig wird jedoch der Fall so liegen, dass die Wegnahme des Behältnisses die eigentliche Diebstahlshandlung bereits darstellt, während sich alle späteren Handlungen nur mehr als Verwertungshandlungen charakterisieren.[3])

[1]) Höpfner S. 63. [2]) Begr. S. 741.
[3]) Höpfner S. 65, Mittermaier a. a. O. S. 358.

Der V.E. stellt auch in seiner Aufzählung die Anwendung falscher Schlüssel den übrigen Qualifikationsgründen gleich, unter Weglassen der komplizierten und überflüssigen Einzelheiten des geltenden Rechts, weshalb es vollkommen gleichgültig ist, wo der falsche Schlüssel zur Anwendung kommt. Die Frage, ob mittels eines solchen auch Behältnisse in erschwerender Weise eröffnet werden können, nachdem das Gesetz nur Erbrechen von Behältnissen erwähnt, kann weiter keine Schwierigkeiten bieten, da ja auf jeden Fall Ueberwindung eines erheblichen Hindernisses vorliegt. Ebenso spielt es keine Rolle, dass der Vorentwurf andere zur ordnungsgemässen Eröffnung bestimmte Werkzeuge nicht erwähnt, da ja auch hier die Generalklausel zutrifft. Auch wenn eine der aufgezählten Handlungen angewandt wird, so ist immer zu erfordern, dass dabei ein erhebliches Hindernis überwunden wird. Dies ergibt sich einmal aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Generalklausel mit den Worten „oder sonst" an den Schluss des Tatbestandes stellt, sowie aus dem allgemeinen Bestreben des V.E. dem richterlichen Ermessen einen grösseren Spielraum einzuräumen.[1]) Damit entfällt der grösste Teil der Streitfragen des bisherigen Rechts, wie ob zum Begriff des Einbruchs eine Verletzung der Sachsubstanz gehört, ob ein Zimmer ein Behältnis darstellt oder ob der verlorene oder zurückbehaltene Schlüssel falsch sind. Denn auf diese Begriffe kommt es ja gar nicht mehr an, sondern nur noch darauf, dass erhebliche Hindernisse überwunden werden. Für viele dieser Fragen lässt sich eine allgemeine Feststellung gar nicht mehr vornehmen, es wird im wesentlichen auf die jeweilige Sachlage ankommen. Dabei ist immer zu berücksichtigen, dass jede Art der Ueberwindung genügt, wenn sie nur eine erhebliche Anstrengung bedeutet hat, die über das normale Mass hinausgeht. Es kann sehr wohl das einemal ein erschwerender Umstand vorliegen, das anderemal nicht in Fällen, in denen der engen Kasuistik des geltenden Rechts irgendwelche Unterschiede fremd sind.

Die Präposition „mittels", die die Verbindung zwischen den einzelnen Begriffen herstellt, hat der V.E. durch das Wort „durch" ersetzt. Diese Aenderung wäre wohl besser unterblieben, da sie

[1]) Höpfner S. 67, a. A. Mittermaier a. a. O. S. 358.

nur zu Missverständnissen Anlass gibt. „Durch" bezeichnet an sich ein einfaches Kausalitätsverhältnis, in dem die Handlung zum Erfolg steht, während mittels zugleich Wissen und Willen um diese Kausalität erfordert. Dass der Gesetzgeber hier eine Aenderung gegenüber dem geltenden Recht nicht eintreten lassen wollte, ergibt sich aus den Ausführungen in der Begründung.[1]) Hier wird ausführlich dargetan, dass es der ratio legis nicht entsprechen würde, eine erst nach dem Diebstahl vorgenommene Erschwerungshandlung unter die schärfere Strafdrohung fallen zu lassen. Solche Handlungen dienen ja meist nur zur Sicherung des bereits errungenen Erfolges oder zur Abwendung einer Entdeckung. Vielmehr muss immer der Zweck der Qualifikationshandlung der spätere Diebstahlserfolg sein. Wissen und Willen, Hindernisse zu überwinden, die irgendwelchen Gegenständen einen Schutz gegen Wegnahme gewähren, müssen im Vorsatz enthalten sein.[2])

Zu betrachten ist noch der gefährliche, zur Nachtzeit ausgeführte Diebstahl. An dem von der herrschenden Lehre herausgearbeiteten Begriff der Nachtzeit im Sinne von nächtlicher Dunkelheit hält der Vorentwurf ausdrücklich fest.[3]) Schon mit dem Eintritt der Dunkelheit ist die Gefahr von Zusammenstössen zwischen einem Eindringling und den Hausbewohnern besonders gross. An Oertlichkeiten, die einen besonderen Schutz geniessen, führt der V.E. bewohnte Gebäude und Wohnungen auf. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass auch in anderen als mit dem Boden fest verbundenen Räumen dieser erschwerte Diebstahl begangen werden kann. Im Gegensatz zum geltenden Recht werden also auch Schiffe und Wohnwagen geschützt, auch Eindringen in eine andere Wohnung im Innern des Gebäudes fällt darunter; der zu einem Gebäude gehörige umschlossene Raum wurde vom Gesetzgeber bewusst nicht mit aufgenommen.[3]) Im Gegensatz zum geltenden Recht verlangt der Vorentwurf nicht mehr Einschleichen in diebischer Absicht, sondern nur mehr Verschaffung eines unberechtigten Eintritts. Daraus, dass auch der Mitbewohner des gleichen Gebäudes, der unberechtigt eine fremde

[1]) Begr. S. 740, Höpfner S. 69.
[2]) Mittermaier S. 358.
[3]) Begr. S. 742.

Wohnung betritt, unter diese Vorschrift fallen soll, ergibt sich notwendig die Beziehung des Relativsatzes auf Wohnung und bewohntes Gebäude.[1]) Der Dieb braucht also keineswegs heimlich und geräuschlos eintreten, es genügt, wenn er unberechtigt eingedrungen ist. Unberechtigtes Verweilen allein bildet noch keinen Erschwerungsgrund, es müsste denn sein, dass ein Fall der Generalklausel zutrifft; ein dem Sichverbergen ähnliches Tatbestandsmerkmal ist also nicht aufgenommen.

Der Strafrahmen unterscheidet sich nicht vom geltenden Recht, ausser dass auch beim ausgezeichneten Diebstahl ein besonders schwerer Fall vorgesehen ist, für den die Mindeststrafe 2 Jahre Zuchthaus beträgt.

2. Kapitel.

Der Gegenentwurf und der Entwurf der Strafrechtskommission.

Der Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches von 1911 enthält die Gegenvorschläge der Professoren Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt zum Vorentwurf. Er bringt, was den ausgezeichneten Diebstahl anbetrifft, keine Aenderungsvorschläge, gegenüber dem Vorentwurf, weder sachlich noch auch im Strafausmass. In der Begründung[2]) wird dies ausdrücklich angeführt, es ist deshalb auf die Ausführungen zum Vorentwurf zu verweisen.

Der Entwurf der Strafrechtskomission von 1913 hält sich eng an die Vorschläge der beiden vorhergegangenen Entwürfe. Er steht ebenfalls in der Mitte zwischen einer allzu weiten Ausdehnung des richterlichen Ermessens und einer allzu engen Kasuistik. Beim einfachen Diebstahl ist wieder ein besonders schwerer Fall vorgesehen, der mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft wird (§ 355).

Im § 356 wird mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft, wenn gestohlen wird: durch Einbruch, Einsteigen, Anwendung falscher Schlüssel oder Erbrechen von Behältnissen oder Ueberwinden eines sonstigen Hindernisses, das die Wegnahme der

[1]) Höpfner S. 82.
[2]) S. 275.

Sache erheblich erschwerte; ferner zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude oder einer Wohnung, nachdem der Täter in diebischer Absicht sich Eingang verschafft oder sich verborgen hatte. Die Anwendung falscher Schlüssel ist hier dem Erbrechen von Behältnissen vorangestellt worden. Damit ist diese Qualifikationsart einerseits dem Einbrechen und Einsteigen gleichgestellt, andererseits ist deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Anwendung falscher Schlüssel zur Eröffnung von Behältnissen in gleicher Weise qualifizierend wirkt wie das Aufbrechen.

Ausserdem hat die Strafrechtskommission auch die Generalklausel geändert. Während der Vorentwurf nur erhebliche, gegen Wegnahme sichernde Hindernisse verlangt, muss jetzt die Wegnahme der Sache durch ein solches erheblich erschwert sein. Der Vorentwurf verlangt zwar schon stärkere Hindernisse, aber nur in dem Rahmen, in dem die gestohlene Sache gesichert zu werden pflegte. An die Stelle der üblichen Sicherung tritt hier ein ganz anderer Maßstab. Es muss nämlich die Wegnahme tatsächlich erschwert sein. Nicht mehr auf die jeweiligen Verhältnisse kommt es an, sondern auf eine rein objektive Beurteilung. Das Hindernis muss positiv gegenüber Angriffen aller Art eine besondere Widerstandsfähigkeit aufweisen. Die Verpackung eines Postpakets wird diesem kaum einen erhöhten Schutz verleihen können, auch nicht die Plane einem Wagen. Im übrigen weicht der Kommissionsentwurf nicht vom Vorentwurf ab; das Hindernis braucht nicht von vornherein für diesen Zweck bestimmt zu sein, so würde auch das Durchschwimmen eines Flusslaufes zur Erfüllung dieses Tatbestandes ausreichen. Auch in dem Gewicht der gestohlenen Sache, sowie in deren besonders guter Verwahrung kann hier ein schwerer Diebstahl liegen, wenn nur die Wegnahme erheblich erschwert war.

Der nächtliche Diebstahl wird wieder vom gefährlichen getrennt und enthält eine eigene Strafbestimmung. Der einschlägige Gesichtspunkt ist nicht mehr die Gefährlichkeit des Täters, sondern wie im geltenden Recht wird wieder eine diebische Absicht erfordert. Dass der Dieb sich den Zutritt heimlich verschaffen musste, wird auch hier nicht verlangt. Doch muss er den Raum bereits betreten haben in der Absicht, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen. Neu aufgenommen wird auch wieder das

Tatbestandsmerkmal, sich in diebischer Absicht verborgen halten. Nach dem Vorentwurf fällt unberechtigtes Verweilen in einem Gebäude, sofern nicht die Generalklausel zutrifft, nicht unter § 270 Nr. 5 V.E. Der Kommissionsentwurf greift hier wieder auf das geltende Recht zurück, auch wer rechtmässig den Zutritt zu einem Gebäude erlangt hat, sich dort aber widerrechtlich in diebischer Absicht verborgen hält, begeht einen schweren Diebstahl. Besteht also bei der Vornahme der erschwerenden Handlungen eine solche Absicht noch nicht, so liegt nur ein einfacher Diebstahl vor.

Die Normalstrafe bis zu 10 Jahren Zuchthaus behält der Kommissionsentwurf bei, doch gestattet er beim Vorliegen mildernder Umstände, bis auf 1 Monat Gefängnis herunterzugehen. Eine eigene Mindesstrafe für besonders schwere Fälle wird nicht mehr vorgesehen.

3. Kapitel.

Der Entwurf von 1919.

Auch dieser Entwurf will auf die geschichtlich gewordenen Sondertatbestände, wie sie sich beim schweren Diebstahl entwickelt haben, nicht verzichten. Im Gegensatz zu den anderen Entwürfen gibt er dem richterlichen Ermessen keinen so weiten Spielraum mehr.[1]) Die strenge Bestrafung für besonders schwere Fälle beim gewöhnlichen Diebstahl fällt weg, auch eine Generalklausel beim Einbruchsdiebstahl ist nicht in Aufnahme gekommen. Die qualifizierten Fälle werden in 2 Gruppen aufgeführt, dem schweren Diebstahl als leichterem Delikt, und dem Diebstahl mittels Einbruch uud Waffen.[2]) Für Diebstahlshandlungen, die nur durch den Ort der Begehung strafwürdiger werden, wird nur eine Gefängnismindeststrafe bestimmt, während als Verbrechen nur mehr die eine besondere Gefährlichkeit des Täters offenbarenden Handlungen erscheinen, schon wegen der Wahrscheinlichkeit eines Zusammenstosses mit den Bewohnern, die besonderen Gefahren für Leib und Leben ausgesetzt werden.

§ 360 Nr. 4 droht mit Gefängnis nicht unter 1 Monat den Diebstahl einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis. § 361

[1]) Denkschr. S. 303.

[2]) Dagegen Wach, D.Str.Z. 1921/134.

bedroht mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren den Diebstahl mittels Einbrechens, Einsteigens Einschleichens oder Eindringens mittels falscher Schlüssel, Dietriche oder sonstiger zur ordnungsgemässen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge in einem Gebäude, einer Wohnung, einem Geschäftsraum, einem Schiff oder einem andern umschlossenen Raum. Bei Begehen während der Nacht kann sich die Strafe bis auf 10 Jahre Zuchthaus erhöhen.

Einen besonderen Schutz verdienen vor allem solche Oertlichkeiten, die ihrer Natur nach nicht jedermann den freien Zutritt erlauben, in erster Linie also Behältnisse. Der Entwurf verlangt hier nur, dass aus einem geschlossenen Behältnis gestohlen wird. Besondere Vorrichtungen werden nicht erfordert, es ist also vor allem nicht notwendig, dass ein Schloss angebracht ist, als Verschluss kann vielmehr jede andere Vorrichtung dienen. Das Behältnis muss den Inhalt nur so verwahren, dass nicht jedermann ohne weitere Anstrengung Zugang zum Inhalt hat. Es mangelt also an diesem Verschluss, wenn etwa der Schlüssel im Schloss steckt.[1]) Für den Begriff des Behältnisses ergeben sich gegenüber dem geltenden Recht keine Besonderheiten. Es sind darunter nach den Anschauungen des Lebens Gegenstände geringeren Rauminhaltes zu verstehen, die zur Aufbewahrung bestimmter Sachen dienen sollen. Nicht zu erfordern wird sein, dass das Behältnis beweglich ist, auch eingebaute Wandschränke und ähnliche Gelasse sind darunter zu rechnen, wenn sie nur ihrem räumlichen Umfang nach sich noch als ein Behältnis darstellen. Die Streitfrage, ob Teile eines Gebäudes, insbesondere Zimmer, Behältnisse sind, ist hier durch die Vorschrift des § 361 ohne jeden Zweifel in verneinendem Sinn entschieden. Aus der Fassung der Vorschrift „aus einem verschlossenen Behältnis" ist zu schließen, dass der Dieb das Behältnis geöffnet haben muss.[2]) Die Methode, mit der er sein Ziel erreicht, ist gleichgültig, wenn er nur dadurch die besondere Hartnäckigkeit seiner verbrecherischen Gesinnung zeigt. Er kann also das Behältnis aufbrechen oder mittels falscher Schlüssel aufschliessen oder sonst irgendwie mit Gewalt oder List die Oeffnung erzwingen; ja es liegt sogar schwerer Diebstahl vor, wenn er sich die richtigen Schlüssel,

[1]) Denkschr. S. 307.
[2]) Denkschr. S. 306.

sei es rechtmässig oder unrechtmässig, verschafft hat.[1]) Qualifikationsgrund ist ja lediglich die Tatsache, dass aus einem verschlossenen Behältnis gestohlen wird; irgend eine besondere ausgezeichnete Handlung gehört nicht dazu. Der Ort des Aufbrechens spielt keine Rolle, die Vorschrift des geltenden Rechts, wonach die Qualifikationshandlung in einem Gebäude oder umschlossenen Raum vorgenommen sein muss, ist fallen gelassen worden.[1])

Die in § 243 Nr. 2, 3 und 7 RStGB. mit Ausnahme des Erbrechens von Behältnissen aufgeführten Tatbestände behandelt der Entwurf 1919 ebenfalls als Verbrechen. Es sind diejenigen Handlungen, bei denen der Täter seine Geflissentlichkeit und Gefährlichkeit ausser in der Ueberwindung von Hindernissen besonders auch in der Gefährdung der Hausbewohner zeigt.[1]) Als Oertlichkeiten, denen ein erhöhter Schutz zuteil wird, bezeichnet der Entwurf alle Räumlichkeiten, in die überhaupt eingedrungen werden kann. Es gibt keine Beschränkungen mehr wie im geltenden Recht. Ausser den Gebäuden fällt jede Wohnung unter die Qualifikation, gleich wo sie sich immer befindet. Es geniessen also Räumlichkeiten aller Art ohne Rücksicht, ob sie von Menschenhand erbaut sind, einen erhöhten Schutz. Dass es sich um eine Wohnung handelt, ist noch nicht einmal notwendig, wie es einzelne Vorschriften des geltenden Rechts verlangen, es genügt auch ein Geschäftsraum oder ein Schiff jedweder Art. Die Verbindung des umschlossenen Raumes mit dem Begriff Schiff durch das Wort „oder" zeigt den deutlichen Willen des Gesetzgebers an, für den umschlossenen Raum nicht zu verlangen, dass er einen Teil der Erdfläche bildet.[2]) Der Kreis der geschützten Oertlichkeiten wird also wesentlich ausgedehnt.

Der Dieb muss den Zutritt durch ungewöhnliche, nicht ordnungsgemässe Handlungen erreicht haben. Der Entwurf führt hier sämtliche in den oben erwähnten Tatbeständen des geltenden Rechts enthaltene Qualifikationsarten auf. Mit Recht wird das Einschleichen, das im geltenden Recht nur bei Nachtzeit in den bewohnten Gebäuden strafbar ist, allen anderen Handlungen gleichgestellt. Es ist nicht einzusehen, wieso der Dieb, der sich

[1]) Denkschr. S. 307.
[2]) Denkschr. S. 308.

am hellen Tage etwa in ein Bürogebäude einschleicht, ein geringeres Mass verbrecherischer Energie an den Tag legt, als wenn er die gleiche Handlung in der Nacht vornimmt. Bedenklich erscheint es, wenn die Denkschrift[1]) den Begriff des Einschleichens so weit fassen will, dass die jetzt als sich verbergen bezeichnete Tätigkeit noch darunter fällt. Man kann nicht von jemand, der sich offen und rechtmässig in ein Gebäude begibt, sich dann dort unbefugt aufhält, sagen, er hat auf heimliche, den Bewohnern verborgene Weise den Zutritt erlangt. Aus dem Wortlaut des § 361 kann nicht entnommen werden, dass unberechtigtes Aufhalten einen Diebstahl qualifiziert.

Das Begehen eines schweren Diebstahls zur Nachtzeit bildet nur mehr einen Strafschärfungsgrund, nicht mehr einen besonderen Tatbestand. Ausgezeichnet sind nur die in § 361 aufgeführten Qualifikationsarten, diese allerdings ausnahmslos. Wie schon im geltenden Recht, so genügt es auch im Entwurf, wenn nur die Wegnahme selbst zur Nachtzeit stattgefunden hat, die erschwerende Handlung kann schon vorher vorgenommen worden sein.[1])

Im Strafmass unterscheidet sich der Entwurf 1919 wesentlich vom jetzigen Recht und den vorhergehenden Entwürfen. Die grosse Anzahl von Verurteilungen zu Gefängnis, denen gegenüber die Zuchthausstrafen kaum ins Gewicht fallen,[2]) hat die Verfasser des Entwurfes veranlasst, für die Qualifikationsarten, in denen sich eine geringere Gefährlichkeit kundgibt, als Normalstrafe Gefängnis festzusetzen und nur für besonders schwere Fälle Zuchthaus bis zu 5 Jahren anzudrohen. Eine ähnliche Erfahrung war auch die Veranlassung, die Höchststrafe für das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls von 10 auf 5 Jahre zu vermindern. Nur wer durch einen nächtlichen Diebstahl seine besondere Gemeingefährlichkeit kundgibt, wird mit der jetzigen Höchststrafdrohung bedroht. Beim Vorliegen mildernder Umstände kann auf Gefängnisstrafe bis zu 1 Monat, im letzteren Fall jedoch nur auf 3 Monate herabgegangen werden.

---

[1]) Denkschr. S. 308.
[2]) Denkschr. S. 304.

4. Kapitel.

Der Entwurf Radbruch und die Entwürfe 1925 und 1927.

In der Reihenfolge der Entwürfe folgt als nächster ein von der deutschen und österreichischen Justizverwaltung gemeinsam aufgestellter, der im Jahre 1922 von dem damaligen Reichsjustizminister Radbruch der Regierung vorgelegt wurde. Verabschiedet wurde dieser Entwurf erst im Jahre 1924 und dem Reichsrat zur Beschlussfassung vorgelegt. Diese Vorlage wurde als erster amtlicher Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch veröffentlicht. Auf den Entwurf Radbruch braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden, da die wenigen, aber tiefgreifenden vorgenommenen Aenderungen sich nicht auf die hier behandelte Materie beziehen.[1])

Der amtliche Entwurf enthält die Tatbestände des § 243 Nr. 2, 3 und 7 RStGB. in den §§ 297 Nr. 1, 298 Abs. I und III. Der Reichsrat hat an der Fassung des Entwurfes an dieser Stelle Aenderungen nicht vorgenommen, so dass die Tatbestände, abgesehen von einer geringfügigen Umstellung im Text, unverändert in den §§ 329 Nr. 1, 330 Abs. I und III der Reichstagsvorlage 1927 erscheinen.

§ 329 bedroht mit einer Mindestgefängnisstrafe von 1 Monat den Diebstahl einer Sache, die durch ein verschlossenes Behältnis oder in andere Weise gegen Wegnahme besonders gesichert ist. § 330 bedroht mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren, wenn gestohlen wird, indem in ein Gebäude oder in eine Wohnung, einen Geschäftsraum, ein Schiff eingebrochen, eingestiegen oder eingeschlichen wird oder mittels eines falschen Schlüssels, Dietrichs oder eines anderen nicht zur ordnungsmässigen Oeffnung bestimmten Werkzeugs eingedrungen wird oder wenn sich der Täter in dem Raum verborgen hält. Bei Begehen zur Nachtzeit erhöht sich die Strafdrohung auf 10 Jahre Zuchthaus.

Der Entwurf schliesst sich, was den schweren Diebstahl anlangt, im Aufbau der einzelnen Tatbestände und deren Gruppierung eng an den Entwurf von 1919 an. Auch die Begründung hat teilweise wörtlich die Ausführungen des vorhergehen-

[1]) Radbruch, ZStW. Bd. 45 S. 417.

den Entwurfes übernommen. Der besonders schwere Fall beim einfachen Diebstahl wird nicht wieder eingeführt, dagegen erfährt dieser insofern eine Aenderung, als er in Bereicherungsabsicht vorgenommen sein muss. Aufrechterhalten wird die Einteilung des ausgezeichneten Diebstahls in eine Reihe leichterer Fälle, für die nur eine mässig erhöhte Mindeststrafe angedroht ist, und in die besonders gefährlichen Arten, die als Verbrechen behandelt werden. An erster Stelle wird im § 329 der Diebstahl und der Sicherungsbruch bestraft. Hier führt der Entwurf 1927 abweichend von dem von 1919 ausser dem verschlossenen Behältnis noch den Fall an, dass die gestohlene Sache sonstwie eine besondere Sicherung gegen die Wegnahme aufweist; damit wird wieder eine allgemeinere Klausel, die dem richterlichen Ermessen grösseren Spielraum gewährt, in den Tatbestand aufgenommen. Endgültig verschwunden ist das Tatbestandsmerkmal des jetzigen Rechts, dass sich das Behältnis in einem Gebäude oder umschlossenen Raum befunden haben und dort aufgebrochen worden sein muss. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Dieb, der ein im Freien befindliches Behältnis erbricht, weniger strafwürdig sein soll als der, der das gleiche in einem Hofraum unternimmt. Seine Geflissentlichkeit hat er schon damit erwiesen, dass er sich auch durch besondere Schutzvorrichtungen nicht abhalten lässt, zu seinem Ziel zu gelangen. Die Begründung[1]) nimmt die Qualifikation auch dann an, wenn das gesamte Behältnis weggenommen und etwa erst im Hause des Diebes erbrochen wird. Dieser Fall ist zum mindesten zweifelhaft. Wenn der Dieb ohne weiteres das Behältnis mitnimmt und mit Bezug auf den Inhalt einen speziellen Vorsatz nicht gefasst hat, so ist die Diebstahlshandlung damit bereits erfüllt. Das spätere Aufbrechen bedeutet nur mehr eine Verwertungshandlung. Für den Begriff des Behältnisses ergeben sich dem geltenden Recht gegenüber keine Aenderungen; es wird nur wiederum Verschlossenheit wie im vorhergehenden Entwurf verlangt. Hierzu ist jedoch ein besonderes Schloss nicht notwendig, es genügt jede Art von Verschluss, er muss nur dazu bestimmt sein, die Sache vor Wegnahme zu schützen. Für das Gegenteil führt die Begründung[1]) einen zugeklebten Umschlag an. Der Entwurf stellt

[1]) Begr. S. 166.

sich damit in deutlichen Gegensatz zur jetzigen Rechtsprechung, die ja in unzulässiger Ausdehnung des Begriffes Behältnis auch einen schweren Diebstahl an Briefen für möglich erklärt. Eine gesonderte Absicht des Berechtigten, die das Behältnis gerade zum Schutz gegen Diebstahl bestimmt, wird man nicht erfordern können. Es genügt, wenn es zur Aufbewahrung dienen soll und dazu auch geeignet ist.

Die Aufbewahrung in Behältnissen bildet nur einen Sonderfall der allgemeinen Vorschrift, dass die Sache irgendwie gegen Wegnahme gesichert sein muss. Wann das im einzelnen der Fall ist, ist jeweils Tatfrage. Der Gegenstand muss eben so verwahrt sein, dass er nicht ohne weiteres jedem zugänglich ist. Dazu müssen schon irgendwelche ausserordentliche Massnahmen getroffen worden sein, die ihm einen besonderen Schutz angedeihen lassen. Die besondere Art der Sicherung braucht nicht immer in einem körperlichen Verwahren liegen, es ist auch ein indirekter Schutz möglich, wie z. B. Aufbewahrung in einer Garderobe oder schwere Zugänglichkeit an einem versteckten Platz.[1])

Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass es einer Eröffnung des Behältnisses bedarf. Der Entwurf 27 erfordert ebenso wie sein Vorgänger keine typischen Handlungen, die allgemein strafwürdig sind, für diese Tätigkeit. Es ist also vollkommen gleichgültig, wie das Behältnis geöffnet wird, ob es der Dieb aufbricht, oder ob er mit einem Nachschlüssel arbeitet oder sich in den Besitz des richtigen Schlüssels versetzt.

Auch die Norm für den eigentlichen schweren Diebstahl schliesst sich eng an den Entwurf von 1919 an. Es werden die gleichen Oertlichkeiten geschützt, die schon dort aufgeführt sind, weshalb auf die obigen Ausführungen zu verweisen ist. Als Mittel zum Erfolg führt der Entwurf 1927 im Gegensatz zum Entwurf von 1919 wieder das Sichverborgenhalten auf. Damit entfallen die ausserordentlich künstlichen Versuche, die die Denkschrift von 1919[2]) unternommen hat, um den unrechtmässigen Aufenthalt in einem Gebäude oder umschlossenen Raum unter den Begriff Einschleichen subsumieren zu können. Der amtliche Entwurf von 1925 hatte das Verbergen dem Einschleichen an-

[1]) Mannheim a. a. O. S. 345.

[2]) S. 308.

geschlossen, während die Reichstagsvorlage von 1927 diese Qualifikationsart an den Schluss des Absatzes stellt. Irgend eine sachliche Aenderung tritt damit nicht ein, der unbefugte Aufenthalt in einem Raum erscheint nur als eine selbständige Qualifikationsart auf gleicher Stufe mit den anderen.

Das Begehen der Tat zur Nachtzeit wird im Absatz 3 wiederum unter schärfere Strafe gestellt. Die Begründung[1]) lässt es genügen, wenn auch nur ein Teil der Ausführungshandlung zur Nachtzeit vorgenommen worden ist. Es kommt also nicht darauf an, dass die Wegnahme in dieser Zeit erfolgt, sondern es genügt, wenn entweder die Okkupation oder aber die Auszeichnungshandlung in der Dunkelheit zur Anwendung gekommen ist.[2])

Der Strafrahmen ist der gleiche wie im Entwurf von 1919.

Der Entwurf ist mit Recht bei der Gestaltung des ausgezeichneten Diebstahls den Bestrebungen[3]) nicht gefolgt, überhaupt keinen fest umrissenen Tatbestand für diesen mehr aufzustellen und es ganz dem richterlichen Ermessen zu überlassen, ob ein Dieb eine so gefährliche verbrecherische Gesinnung an den Tag gelegt hat, dass er eine schwere Strafe verdient hat.[4]) Gibt doch der Entwurf schon so übergenug Möglichkeiten, die individuelle Situation des Täters zu berücksichtigen. Es sind im Gegenteil die Fälle des schweren Diebstahls gegenüber den früheren Entwürfen noch vermehrt worden. Im ganzen genommen stellt die Gesetzesvorlage jedoch gegenüber dem geltenden Recht eine wesentliche Verbesserung dar. Der starre Aufbau des Tatbestandes, der zu unendlich vielen spitzfindigen Streitfragen geführt hat, ist verschwunden, die einzelnen Handlungen können nunmehr ohne künstliche Konstruktion so beurteilt werden, wie es einer vernünftigen, auch dem Leben entsprechenden Auffassung gemäss ist.

---

[1]) S. 169.
[2]) Anders Denkschr. 1919 S. 308.
[3]) Harburger S. 369.
[4]) So Schweizer, Vorentwurf Art. 120.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafgesetz, Bd. II. Berlin 1907.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I. Leipzig 1902.

Brückner, Der ausgezeichnete Diebstahl. Erlanger Dissertation 1905.

v. Buri, Im Gerichtssaal 1878, Beilageheft.

Ebermeyer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches; nach den Beschlüssen der Kommission systematisch bearbeitet. Berlin 1914.

— in L.Z. 1922.

Eckstein, Zur Lehre vom schweren Diebstahl. In Goltdammers Archiv 1914.

Ertel, Der Automatenmissbrauch. Erlanger Dissertation 1898.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1926.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. Berlin und Leipzig 1922.

Geyer, Bemerkungen zu Entscheidungen des Reichsgerichts in Z.St.W. Bd. II.

Gleispach, Der deutsche Strafgesetzentwurf. Leipzig 1921.

Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl. In Goltdammers Archiv Bd. 47.

Haager, Diebstahl mittels Einsteigen und Einbruchs, insbesondere im Innern eines Gebäudes oder umschlossenen Raum. In Gerichtssaal 1878.

— Diebstahl und Raub zur Nachtzeit. In Gerichtssaal 1877.

Harburger, Diebstahl und Unterschlagung. In Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil, Bd. 6, Berlin 1907.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bd. II. Bonn 1884.

Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1910.

Katz, Grundriss des kanonischen Strafrechts. 1881.

Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. München 1900.

— Reformfragen des Strafrechts. München 1903.

— Studien zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches. Nürnberg und Leipzig 1910.

Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Tübingen 1858.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht IV. Mannheim 1896.
— Strafrecht der italienischen Statuten. Mannheim 1897.
Kohler-Scheel, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Halle 1900.
Kramer, Diebstahl mittels Einbruchs gemäss § 243 Ziff. 2 Strafgesetzbuch. Königsberger Diss. 1925.
Leipziger Kommentar, Das Reichsstrafgesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg. Berlin 1929.
Liepmann, Die Reformfragen des deutschen Strafrechts. Hamburg 1921.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1927.
Mannheim in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Berlin-Leipzig 1926.
Merkel, Diebstahl und Unterschlagung in Handbuch des deutschen Strafrechts, herausg. von Holtzendorff, Bd. III. Berlin 1874.
Mittermaier in Aschrott-v. Liszt, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Bd. II. Berlin 1910.
Mommsen, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899.
Mühldorfer, Der Diebstahl mittels Nachschliessens. Würzburger Diss. 1926.
Müller, Der Tatbestand des schweren Diebstahls. Heidelberger Diss. 1908.
Nagel, Diebstahl und Unterschlagung in den Entwürfen. Tübinger Diss. 1926.
Oborniker, Der schwere Diebstahl nach § 243 Nr. 2. Breslau 1912.
Osenbrüggen, Das alemannische Strafrecht. Schaffhausen 1860.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Neu bearbeitet von Lorenz, Freiesleben, Niethammer, Kirchner, Gutjahr. Berlin 1927.
Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.
Radbruch, Regierungsvorlage 1922 und Reichsratsvorlage 1924 in Z.St.W. Bd. 45.
Rosenfeld, Diebstahl oder Unterschlagung? in Z.St.W. 1910.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1881.
Sachse, Diebstahl und Unterschlagung. Heidelberger Dissertation 1927.

Schels, Der strafrechtliche Schutz der Automaten. Erlanger Diss. 1897.
Schrödter, Die Gewaltmittel des schweren Diebstahls. Greifswalder Dissertation 1903.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1871.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1914.
Schwarze, Das Verbrechen des ausgezeichneten Diebstahls. Erlangen 1863.
Stoffel, Der Einsteigdiebstahl. Heidelberger Dissertation 1923.
Unger, Der Vorentwurf zum deutschen Strafgesetzbuch in Recht 1910.
Wach, Legislative Technik in Vergleichende Darstellung, Allgemeiner Teil, Bd. VI. Berlin 1907.
— Der besondere Teil des neuen Entwurfes des deutschen Strafgesetzbuches. In D.Str.Z. 1921.
Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Srafrechts. München 1914.
v. Wächter, Deutsches Strafrecht. Leipzig 1881.
Wilda, Das Strafrecht der Germanen. 1842.

Entscheidungssammlungen, Gesetzesmaterialien und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert E.).
Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts (zit. R.M.G.).
Entscheidungen des Obersten Landesgerichts München (zit. OLG. München).
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von der Reichsanwaltschaft (zit. R.).
Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund 1869.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch mit Begründung, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamts. Berlin 1909.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs, aufgestellt von Kahl, v. Lilienthal, v. Liszt und Goldschmidt, mit Begründung. Berlin 1911.
Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsministeriums. Berlin 1920.
I. Teil: Der Entwurf der Stafrechtskommission von 1913.
II. Teil: Der Entwurf von 1919.
III. Teil: Denkschrift zum Entwurf von 1919.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1925.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Srafgesetzbuchs mit Begründung. Reichstag III 1924/27. Drucksache Nr. 3390. Ausgegeben am 19. Mai 1927.

Archiv für Strafrecht und Strafprozess, begründet von Goltdammer (zit. G.).

Deutsche Juristenzeitung (zit. D.J.Z.).

Deutsche Strafrechtszeitung (zit. D.Str.Z.).

Der Gerichtssaal (zit. G.S.).

Juristische Wochenschrift (zit. J.W.).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zit. L.Z.).

Das Recht

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (zit. Seuff. Bl.).

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. Z.St.W.).